



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

NIKOLAI OLCHANOWSKI

PLEA BARGAINING: ANÁLISE DESDE A FILOSOFIA DA PENA

CURITIBA

2017

NIKOLAI OLCHANOWSKI




MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Programa de Pós-graduação em Direito

CERTIDÃO n.º 109/2017-PPGD

Certifico, para os devidos fins, que o mestrando **NIKOLAI OLCCHANOWSKI** concluiu o Curso de Mestrado na área de Direito do Estado, tendo apresentado dia 05 de abril de 2017, às 14h, defesa oral da Dissertação intitulada **"PLEA BARGAINING: ANÁLISE DESDE A FILOSOFIA DA PENA"**. Certifico, ainda, que, de acordo com o contido na Ata e Parecer, a **Comissão Julgadora deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, opinando pela concessão do Título de Mestre em Direito, com média 10,00 (dez inteiros), conceito A.** E, por ser verdade, eu, Mauro Eduardo Soares de Oliveira, Assistente em Administração, expedi esta que segue assinada pela Senhora Vice Coordenadora. Secretária da Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, em Curitiba, 05 de abril de 2017.




Prof.ª Dr.ª Ana Carla Harmatiuk Matos
Vice-coordenadora do PPGD - UFPR

PLEA BARGAINING: ANÁLISE DESDE A FILOSOFIA DA PENA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof. Dra. Clara Maria Roman Borges

CURITIBA
2017

Resumo

Para acessar o debate moral em torno das práticas de *plea bargaining* é necessário compreender a concepção peculiar de pena e sua especial necessidade de justificação como prática política. Dentro das justificações morais para a pena, a vertente retributivista mostra-se dominante em círculos de filosofia da pena contemporâneos. Embora não sem controvérsia, é possível apontar para um quadro do retributivismo, com seus princípios orientadores. A partir desses princípios orientadores são analisadas as práticas de *plea bargaining*, as quais apresentam inúmeros pontos de atrito com as justificativas da pena, mesmo nas vertentes não retributivistas. Na sequência, são apresentadas e discutidas as justificativas mais importantes para a *plea bargaining*, passando pelas justificativas penalógicas e por aquelas marcadamente pautadas na lógica de mercados. Por fim, o argumento de que os negócios penais são obtidos sem a voluntariedade dos acusados é testado, com a discussão em torno da coação inerente a esses acordos.

Palavras-chave: Pena; Retributivismo; *Plea bargaining*; Justiça Negocial; Acordos Penais; Voluntariedade.

Abstract

As a way to access the moral debate about plea bargaining it is necessary to grasp the peculiar concept of punishment and its special need for a justification as a political practice. Within the moral justifications for punishment, retributivist theories appear dominant in the contemporary community of philosophy of punishment. Although not absent of controversy, it is possible to build a framework of retributivism by pointing at its guiding principles. Plea bargaining is analyzed from these guiding principles. Various points of friction with the justifications of punishment are identified, even from a non-retributivism point of view. Next, the most important justifications for plea bargaining are presented and discussed, from the penalogical justifications to those marked by market rationality. At last, the argument that plea bargains are achieved without the voluntariness of the defendants is tested, with references to discussion on the inherent coercion of such deals.

Keywords: Punishment; Retributivism; Plea bargaining; Negotiated Justice; Plea bargains; Voluntariness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	04
1 FUNDAMENTOS: PENA E RETRIBUIÇÃO.....	08
1.1 O PROBLEMA DA PENA.....	08
1.2 UMA CONCEPÇÃO DE PENA.....	16
1.3 A RELEVÂNCIA E O SURGIMENTO DO RETRIBUTIVISMO.....	20
1.4 UM QUADRO DO RETRIBUTIVISMO.....	29
2 RETRIBUTIVISMO E <i>PLEA BARGAINING</i>	35
2.1 A FILOSOFIA DA PENA NO MUNDO DOS ACORDOS PENAIIS.....	35
2.2 NEGOCIAÇÃO E PRINCÍPIO DA TRANSGRESSÃO INTENCIONAL.....	37
2.3 NEGOCIAÇÃO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	49
2.4 NEGOCIAÇÃO E PRINCÍPIO DA JUSTIÇA INERENTE.....	54
2.5 NEGOCIAÇÃO E PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DA PENA.....	61
3 <i>PLEA BARGAINING</i> E SUAS JUSTIFICAÇÕES.....	64
3.1 “O TRIUNFO DA <i>PLEA BARGAINING</i> ”.....	64
3.2 JUSTIFICANDO A <i>PLEA BARGAINING</i> COM A PENALOGIA.....	72
3.3 <i>PLEA BARGAINING</i> E A SATISFAÇÃO DAS PARTES.....	80
3.4 LIMITANDO O LIVRE MERCADO: AS CONSTRIÇÕES ÀS NEGOCIAÇÕES.....	89
4 O PROMOTOR E O ASSALTANTE.....	94
4.1 OBRIGAÇÕES, PERMISSÕES: A QUESTÃO DA VOLUNTARIEDADE DOS ACORDOS.....	94
4.2 <i>PLEA BARGAINING</i> E SEU ELEMENTO COATIVO: O ARGUMENTO DE KIPNIS.....	97
4.3 COAÇÃO SOB UM SENTIDO JURÍDICO: O ARGUMENTO DE WERTHEIMER.....	100
4.4 O TESTE MORAL: É INJUSTA A AÇÃO DO PROMOTOR?.....	103
4.5 A FORMA DAS PROPOSTAS DO PROMOTOR.....	114
4.6 CONCLUSÃO: QUESTIONAR A VOLUNTARIEDADE DOS ACORDOS TEM ALGUM SENTIDO?.....	118
CONCLUSÃO.....	123
REFERÊNCIAS.....	125

INTRODUÇÃO

Abordarei, neste trabalho, o tema da justiça penal negocial, isto é, os espaços de negociação entre acusação e defesa¹, limitados àqueles em que o acusado ou investigado renuncia ao exercício de alguma de suas garantias processuais em troca de um benefício, seja ele suposto ou real², bem como capaz de ser aferido subjetiva ou objetivamente³.

Não se trata de um tema com o qual tenho relação há muito tempo. De fato, apenas após o ingresso no programa de mestrado da Faculdade de Direito da UFPR é que decidi estudá-lo. Meu interesse de pesquisa, desde meu último ano na graduação em Direito (2013), é, principalmente, a filosofia da pena, especialmente voltada para as justificações retributivistas da pena estatal. Como ficará evidente, esse interesse permanece, e influenciou profundamente meu olhar sobre a justiça penal negocial.

Razões de duas ordens fizeram com que esta dissertação não tratasse exclusivamente de filosofia da pena. De um lado, estudos sobre retributivismo são muito raros no debate acadêmico brasileiro, o que dificulta muito a possibilidade de diálogo. De outro, e de forma não desconecta, o tema da justiça penal negocial representa uma forte aproximação com a realidade.

Como será demonstrado, a expansão de espaços de negociação entre acusação e defesa aparece como tendência forte para o horizonte próximo do direito processual penal brasileiro. Ainda que em nenhum momento eu me proponha a analisar a fundo essa tendência, esmiuçando, por exemplo, as diversas propostas legislativas atualmente em discussão ou as práticas de negociação em vitrine em decorrência da chamada operação lava jato⁴, trabalhar com um tema que está no centro da discussão pública me parece interessante.

¹ Para poupar o leitor da repetição, no restante do trabalho usarei “acusado” não apenas para me referir ao sujeito formalmente denunciado, como exigiria a técnica processual penal, mas para qualquer sujeito alvo de persecução penal.

² Como será demonstrado, um dos argumentos contrários à legitimidade dos acordos pauta-se no questionamento de efetiva auferição de benefício por parte do acusado.

³ Como exemplo do primeiro, pense-se no alívio do remorso sentido pelo cometimento de uma ofensa e, como exemplo do último, na redução de tempo de pena.

⁴ Especialmente através da centralidade da utilização de um dos instrumentos disciplinados pela Lei 12.850/2013, qual seja, a colaboração (ou delação) premiada. Se a existência desse instituto não é

O que espero ter realizado foi olhar para essa tendência de forma ao mesmo tempo engajada e com pretensão de objetividade, ainda que isso possa soar paradoxal. Engajada, pois penso que essas práticas negociais têm ligação imediata com a justificação da pena e, conseqüentemente, com um horizonte político que necessita de um debate moral – concedi mais espaço do texto do que gostaria para explicar essa afirmação. Com pretensão de objetividade, na medida em que não busco em nenhum momento refutar ou afirmar a legitimidade do objeto de pesquisa, isto é, dos acordos penais. Penso ser possível analisar argumentos sem que seja necessário tomar posição de antemão. Minha proposta, importante que se diga, é muito mais afeita à discussão especulativa, ou filosófica, acerca da justiça negocial do que, de fato, ao campo da técnica processual penal.

O ponto de partida da pesquisa que aqui reproduzo foi um curto artigo de Richard L. LIPPKE⁵, justamente intitulado ***Retributivismo e Plea Bargaining***. Nele, LIPPKE procura aportar os princípios que caracterizariam uma pena justa, conforme, é claro, a perspectiva retributivista, para as discussões acerca da prática da *plea bargaining*, a prática largamente adotada no direito americano de trocar uma *guilty plea*, ou seja, a admissão da acusação imputada, ou uma não contestação da acusação, em troca de algum benefício – mais comumente, o não oferecimento de alguma denúncia, a requalificação benéfica do fato ou a redução da pena.

Tomo a discussão de LIPPKE a fim de explicitar a necessidade peculiar de justificação da pena e apontar para uma ideia central sobre o que poderia ser razoavelmente tomado por retributivismo. Dedico todo o primeiro capítulo a isso. A partir disso, discuto diretamente a relação entre retributivismo e justiça penal negocial.

Nessa discussão, surgem inúmeras figuras interessantes, como as implicações pertinentes ao chamado *problema da inocência (innocence problem)*⁶, isto é, o argumento de que as práticas de justiça negocial aceitam ou ao menos não dão o devido peso à distinção entre inocentes e culpados. A ideia de esvaziamento

nova no ordenamento jurídico brasileiro (ver: BORGES, Clara Maria Roman. **Um olhar para além dos sistemas processuais penais**), ele certamente ganha importância com a regulamentação, ainda que pouco densa, proporcionada pela Lei 12.850/2013. Outrossim, se espaços de negociação entre acusação e defesa não eram desconhecidos do direito brasileiro, a se destacar a realidade dos juizados especiais criminais, a dimensão e a centralidade política representada pelas investigações e processos abarcados pela chamada operação lava jato conferem ao tema uma importância antes não verificada.

⁵ LIPPKE, Richard L. **Retributivism and plea bargaining**. p. 3-16.

⁶ Para referência rápida, ver: DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. **The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem.**; BOWERS, Josh. **Punishing the Innocent**.

da censura ou da condenação moral, central na condenação criminal, também é examinada. Ainda, talvez o maior ponto de tensão entre o retributivismo e as práticas de *plea bargaining*, a necessidade de se aproximar a gravidade da ofensa com a gravidade da pena, retratada em um princípio da proporcionalidade, é também enfrentada. A argumentação que então forneço faz surgirem as implicações assumidas pela ideia de justiça negocial, as quais culminam nos diversos caminhos tomados por teóricos que procuram justificá-la. Boa parte do texto diz respeito à apresentação e à discussão dessas propostas.

Discuto, nesse ponto, a argumentação fornecida pela Suprema Corte americana quando, na década de 1970, afirmou a constitucionalidade das práticas de *plea bargaining*. A Corte, naquele momento, expressamente forneceu duas vias justificatórias, qual seja, a propensão do acusado que realiza um acordo à reabilitação e os benefícios que poderiam ser auferidos pelo Estado. Essas duas vias justificatórias, demonstro, encontram limitações insuperáveis, a ponto de terem deixado de ser o enfoque da grande maioria dos teóricos que pretendem justificar a *plea bargaining*.

Outro tipo de raciocínio, contudo, não pode ser tão facilmente descartado. Trata-se das teorias que pretendem justificar a *plea bargaining* através da valorização do consenso, especialmente desde a orientação da economia e da escolha racional. Por se afastarem dos argumentos geralmente opostos em ambientes em que se discute penologia, essas teorias exigem uma reorientação no debate sobre as práticas de negociação penal.

É nesse contexto que alguns debates filosóficos interessantes, a princípio não centrais, parecem se impor. Concedo um capítulo inteiro para enfrentar um argumento extremamente recorrente (por vezes, sem qualquer consistência) em discussões sobre a negociação penal. Refiro-me ao argumento de que, de alguma forma, esses acordos são produzidos à revelia da vontade dos acusados. Discuto, assim, se e de que forma um acordo poderia ser reputado involuntário, se e de que forma se poderia falar em coação do acusado e, por fim, se a identificação de elementos como pressão psicológica seriam motivo suficiente para reputá-los ilegítimos.

No aspecto formal, optei pela forma de ensaio. Primeiro, porque não forneço respostas ou, sequer, propostas para os problemas que discuto. Tratam-se, fundamentalmente, de provocações ou perplexidades. Segundo porque, como disse,

a pesquisa não se encontra em fase conclusiva, dado o tempo com o qual tive contato com o tema.

Quanto à amplitude do objeto, muito embora uma de minhas motivações para estudar os negócios penais seja sua forte tendência de expansão em diversas culturas jurídicas, por vezes muito pouco relacionadas entre si, praticamente toda a pesquisa é referente à realidade americana. Primeiro, porque o tipo de debate moral que buscava problematizar é bastante forte entre os americanos. Segundo porque a *plea bargaining* americana é a realidade de justiça negocial que mais tem impacto em um determinado sistema de justiça⁷. Terceiro porque estudos de direito comparado, em geral, se focam em alterações legislativas e impactos práticos, abordagens que se afastam da análise filosófica pretendida. Por fim, porque, ao menos nas discussões quanto à expansão da justiça negocial no Brasil, verifico uma discussão ainda muito limitada pela teoria dos sistemas processuais, idealizando uma compatibilidade com um processo acusatório, discussão essa que ignora as peculiaridades históricas da justiça criminal brasileira e parte de uma concepção estrita de processo, como instrumento de reconstrução de um fato delituoso, furtando-se a análise de práticas judiciárias negociais.

⁷ É consensual a afirmação de que, ao menos, mais de 90% dos casos penais americanos não são acertados pelo julgamento do júri, mas através de espaços de negociação entre acusação e defesa. Os números mais aceitos, contudo, apontam um percentual acima de 95%. Ver: BIBAS, Stephanos. **Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection.** p. 1119

1 FUNDAMENTOS: PENA E RETRIBUIÇÃO

1.1 O PROBLEMA DA PENA

Pretendo, neste primeiro momento, abordar um tema paradoxalmente negligenciado no âmbito jurídico: o da justificativa para a pena. Há algo de definitivamente estranho nisso, já que as penas são o objeto por excelência do direito penal, definido como o “*setor do ordenamento jurídico que define crimes, **comina penas** e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas*”⁸. Não é exagero dizer que “*pena é o que caracteriza o direito penal*”⁹.

A aplicação de pena a indivíduos parece questão central para o direito penal e, no entanto, é gritante a falta de reflexões e questionamentos acerca do que se quer dizer com *apenar alguém*. Pior, pouco se diz sobre o que permite que se apene, o que justifica a existência e aplicação de penas. Com isso, é possível afirmar que a esmagadora maioria das abordagens jurídico-penais não enfrenta, de fato, o problema, pois atribuir *finalidades* (realizadas ou não) à pena nada diz sobre sua legitimidade.

Anabela Miranda RODRIGUES diria que são questões diferentes:

Na verdade, vem-se comumente entendendo que as teorias da pena dizem respeito ao problema dos fins das penas. Quando isso é, de facto um erro: elas nasceram para responder ao problema da justificação do direito de punir¹⁰.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal- Parte Geral**. p. 3. (destaque meu). Note-se que a definição utilizada abarca, para além das penas, outra consequência possível do delito, qual seja, as medidas de segurança. A ideia e a consequente definição precisa do que exatamente se quer dizer por pena tem importância decisiva para as reflexões que pretendo realizar, por inúmeros motivos. Como demonstrarei, a exclusão da medida de segurança, medida tão coercitiva e violenta para o indivíduo, daquilo que entendemos por pena não é sem consequência. Decorre, em verdade, de postulados filosóficos importantes, objeto de intensos debates.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. VI 1. p. 106.

¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena preventiva de liberdade** (os critérios da culpa e prevenção) p. 154.

Justamente por isso, evitei qualquer obra que já parta do pressuposto de que a pena é uma consequência *jurídica* de um crime¹¹, optando por enfoque diverso. Procurei endereçar o problema da conotação pré ou extrajurídica da pena, ainda que se acrescente a prévia previsão legal de uma conduta proibida no próprio conceito da pena. Entendi, assim, que era necessário discutir o que torna (ou as razões que pretendem tornar) legítima a aplicação deste tipo específico de coerção sobre o indivíduo. E, desde logo, posso afirmar que pena se liga de formal umbilical à ideia de dor, sofrimento, aflição.

A ideia está longe de ser nova. De fato, ela é quase tida como dada nas produções sobre os quais me baseio¹². É explícita, contudo, em grande parte das abordagens clássicas de direito penal (ou naquelas que tocam o tema da responsabilidade criminal, especialmente de cunho filosófico).

Para citar um expoente da Escola Clássica¹³:

A palavra *pena* tem três diferentes significados: 1º- em sentido *geral*, exprime qualquer dor, um mal que a acarrete; 2º- em sentido *especial*, designa um mal que sofremos por causa de um fato nosso, perverso ou incauto; e desse modo compreende todas as penas *naturais*; 3º- em sentido *especialíssimo*, indica aquele mal que a autoridade pública inflige a um culpado em razão do delito por ele praticado¹⁴.

Essa dor, aflição ou sofrimento se apresenta como critério diferenciador e definidor da pena. É a dor o que faz com que vejamos uma medida sendo aplicada e

¹¹ Não me preocupo aqui, tampouco, com a distinção dogmática entre crime e contravenção penal. Como mais tarde deixarei claro, também a existência de uma previsão legal prévia de uma conduta proibida (atrelada, em direito penal, ao princípio da legalidade) é questão a ser discutida para definir e mesmo justificar a pena.

¹² Muito embora haja alguns esforços, geralmente mal disfarçados, no sentido de evasão ao problema. Assim, pena como *hard treatment* ou privação de direitos do condenado são duas das mais comuns formas de evitar falar diretamente em imposição de sofrimento a alguém. Ver, por exemplo: von HIRSCH, Andrew. **Proportionate Sentence**: a desert perspective. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 116. De forma curiosa, para um defensor da pena de morte, ver: CORLETT, Angelo J. **Responsibility and punishment**.

¹³ Evito ao máximo recorrer a citações e argumentos de autoridade que em nada contribuem para o trabalho. Carrara, aqui, é usado apenas a título de exemplo. Poderia citar desde Beccaria a Bentham. Mesmo em Platão, Aristóteles e São Tomás o problema é presente. Para uma excelente revisão bibliográfica sobre o tópico, recorrer a FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Especialmente cap. 4. p. 209-246.

¹⁴ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. p. 39.

sejamos capazes de dizer, objetivamente¹⁵: “*esta pessoa foi punida*”. Com apoio em David BOONIN, penso que a dor diferencia a pena de outras medidas gravosas¹⁶.

Mas não é a presença ou não da dor que caracteriza a pena. É, isto sim, sua aplicação intencional. Aplicar pena é infligir dor *intencional* a um indivíduo. Isto significa reconhecer que outras medidas podem também infligir dor a um indivíduo. Basta pensar numa desapropriação ou uma reintegração de posse. Mesmo medidas mais prosaicas, como uma limitação de barulho após certos horários podem conter algum caráter aflitivo a um indivíduo em particular. O que a pena tem de diferencial é a *essencialidade* da dor¹⁷.

Neste ponto, Ted HONDERICH é particularmente incisivo:

O problema da punição surge principalmente, mas não apenas, pela razão de que essa prática envolve o que tradicionalmente se chamou de sofrimento. Ela envolve a deliberada e evitável imposição de sofrimento. (...) Qualquer coisa que descrevamos como punição *deve* envolver algo como privação ou aflição, que, decerto, é razoavelmente descrita como seu objetivo¹⁸.

A mesma ideia, nas palavras de Carlos NINO:

... o sofrimento que a pena implica é um efeito intencional do recurso a ela (...). Isso não ocorre nos casos de outras medidas coercitivas impostas pelo Estado: ainda que elas produzam habitualmente sofrimento e efeitos desagradáveis para seus destinatários (e por vezes isso é um aspecto inevitável de tais medidas), isso é mero subproduto e não constitui parte

¹⁵ Refiro-me à ideia de objetividade em Dworkin, especialmente: DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Parte 1- Independence. p. 21-96. Adiante será explicitado como a justificação da pena inevitavelmente requer uma argumentação moral. E, com Dworkin, torna-se obrigatória uma referência a valor, integrada por princípios políticos e éticos (e, a depender da concepção argumentativa que se defenda, jurídicos). Pretendo, em trabalho futuro, desenvolver uma concepção de pena desde a ideia de conceito interpretativo (a respeito, como referência para os aspectos metodológicos em Dworkin: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea). Por ora, contudo, contento-me com uma análise mais descritiva sobre o debate em torno da justificativa da pena.

¹⁶ BOONIN, David. **The problem of punishment**. p. 12-17.

¹⁷ Assim, para citar autores que partem da mesma ideia para chegar em conclusões bastante conflitantes: BURGH, Richard. W.. **Do guilty deserve to be punished?** p. 193-210; NINO, Carlos Santiago. **A Consensual Theory of Punishment**. p. 289-306.

¹⁸ Tradução livre de:

“*The problem of punishment arises mainly, but not only, for the reason that the practice involves what traditionally has been called suffering. It involves a deliberate and avoidable infliction of suffering. (...) Anything we describe as punishment must involve some such thing as deprivation or distress, which, indeed, is reasonably described as its aim.*” HONDERICH, Ted. **Punishment: the supposed justifications**. p. 11-14

essencial da razão para recorrer a tais medidas (...). Isto se põe em evidência com o fato de que se tais medidas, por hipótese (e supondo que isso fosse possível), fossem despojadas de seus aspectos desagradáveis, ou se fossem complementadas com uma compensação adequada pelo sofrimento que implicam, não por isso perderiam sua razão de ser; em contraste, na pena, tais modificações afetariam radicalmente a razão mesma de se recorrer a ela, de modo que deixaríamos de considerar pena a privação em questão¹⁹.

Ressalvo que deixo deliberadamente de fora parte promissora da reflexão contemporânea, a qual, partindo da ideia de pena como expressão comunicativa²⁰, procura exatamente eliminar o caráter de dor da resposta “penal”, por desvincular essa prática de uma necessidade aflitiva²¹.

Isto dito, procuro destacar, já neste momento, o elemento *essencialidade da dor*, para lembrar que a pena requer um esforço argumentativo de justificação muito peculiar. Aparece o constantemente referido *problema da pena* (*problem of punishment*)²². Por brevidade, por ora recorro a BOONIN:

A pena legal envolve tratar aqueles que violam a lei de maneira que seria errado tratar aqueles que a obedecem. Mesmo que assumamos que aqueles que violam a lei sejam responsáveis por seus atos e que as leis que eles violam sejam justas e razoáveis, essa prática levanta um problema moral. Como pode o fato de que a pessoa violou uma lei justa e razoável tornar moralmente permissível que o estado a trate de formas que, noutras circunstâncias, seriam vedadas? Como pode a linha entre aqueles que violam

¹⁹ Tradução livre de:

“...el sufrimiento que la pena implica es un efecto intencional de recurrir a ella (ya que se persigue como fin o como medio para otro fin). Esto no ocurre en el caso de las otras medidas coactivas impuestas por el Estado: aunque ellas también producen habitualmente sufrimiento y efectos desagradables para sus destinatarios (y a veces esto es un aspecto inevitable de tales medidas), ello es un mero subproducto y no constituye parte esencial de la razón para recurrir a tales medidas. (...) Esto se pone de manifiesto con el hecho de que si a tales medidas, por hipótesis (y suponiendo que ello fuera posible), se las despojara de sus aspectos desagradables, o se las complementara con una compensación adecuada por el sufrimiento que implican, no por ello perderían su razón de ser; en cambio, en la pena, tales modificaciones afectarían radicalmente a la razón misma de recurrir a ella, de modo que dejaríamos de considerar pena a la privación en cuestión”. NINO, Carlos Santiago. **Los límites de la responsabilidad penal**. Una teoría liberal del delito. p. 203-204.

²⁰ Cujos principais expoentes, a despeito das diferentes abordagens que apresentam, são Hampton, Duff e Feinberg. Ver, dentre as demais obras desses autores: HAMPTON, Jean. **The Moral Education Theory of Punishment**. p. 208-238; DUFF, R. A. **Trials and Punishments**; FEINBERG, Joel. **The expressive function of punishment**. p. 397-423.

²¹ Ver: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição.

²² A expressão dá título ao livro de Boonin: BOONIN, David. Op. Cit. É expressamente usada em CORLETT, Angelo J. Op. Cit. p. 27-47. Usual, outrossim, que obras de caráter mais geral sobre filosofia da pena contenham capítulos sobre a necessidade de justificação. Como exemplo: LACEY, Nicola. **State punishment**. Political principles and community values.; HONDERICH, Ted. Op. Cit.

essas leis e aqueles que não o fazem ser moralmente relevante, na maneira que a prática da pena exige? Esse é o problema da pena²³.

Tomando a pena sob esta perspectiva, forçoso admitir que esta prática, levada ao âmbito de instituição política e social, adquire um imperativo bastante particular de justificação.

É que qualquer instituição política deve atender a propósitos legítimos. Nenhuma instituição se justifica por si mesma, portanto.

Para me valer de um filósofo que pensa a partir da realidade latino-americana, “as instituições são necessárias, embora nunca perfeitas; são entrópicas e, por isso, sempre chega o momento em que devem ser transformadas, trocadas ou aniquiladas”²⁴. Nos termos de John RAWLS, instituições da sociedade devem sempre ser justas. Do contrário, devem ser alteradas ou mesmo abolidas²⁵.

Ora, se a pena é, em essência, dor, deve haver, necessariamente, um motivo bastante forte para sustentá-la como aceitável na sociedade. Tanto maior é essa necessidade se a vincularmos uma atividade de um organismo estatal, o qual é, em seu núcleo, uma associação entre homens. Vista dessa forma, a pena é tanto uma instituição social, como política.

Nesse raciocínio, a pena se vê envolta com a seguinte questão: como pode uma organização formada pela própria sociedade justificar que a alguns de seus membros seja (seguindo HONDERICH) imposto um sofrimento deliberado e evitável, que considerariamos errado se aplicado aos demais (BOONIN)?

Estamos claramente diante de uma questão moral. Isto significa dizer que justificar a pena exige o oferecimento de razões coerentes e condizentes com os princípios morais que uma pessoa (ou um Estado, já que falamos de uma instituição) endossa. Mais, ao situar a justificativa da pena no campo da moral, exige-se uma defesa de posição, por uma pretensão de responsabilidade. Em suma, emite-se um

²³ Tradução livre de:

“Legal punishment involves treating those who break the law in ways that it would be wrong to treat those who do not. Even if we assume that those who break the law are responsible for their actions and that the laws they break are just and reasonable, this practice raises a moral problem. How can the fact that a person has broken a just and reasonable law render it morally permissible for the state to treat him in ways that would otherwise be impermissible? How can the line between those who break such laws and those who do not be morally relevant in the way that the practice of punishment requires it to be? This is the problem of punishment.” BONNIN, David. Op. Cit. p. 1.

²⁴ DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. p. 61.

²⁵ RAWLS, John. **A theory of justice**. Revised edition. p. 3.

juízo de valor, cuja correição, como critério de verdade, só pode ser avaliada pela defesa (case) que se aporta:

Quando um juízo de valor é verdadeiro, deve haver uma *razão* para que seja verdadeiro. Ele pode ser *apenas* verdadeiro. (...) Sempre é apropriado perguntar por que a moralidade requer o dizemos que ela requer, e nunca é apropriado apenas dizer: ela simplesmente assim exige. (...) Nas ciências formais e informais procuramos por evidências para proposições, e no domínio do valor fazemos uma defesa das proposições²⁶.

Há, para a pena, como instituição, uma necessidade de justificação à qual Richard W. BURGH²⁷ atribui uma importância não observável em outras instituições políticas.

A mesma ideia está presente em K. G. ARMSTRONG, com ainda mais contundência:

Por que se deve sustentar que essa prática, em particular, requer uma justificação moral, quando, no caso de inúmeras outras práticas (...), não sentimos que a questão sequer se proponha? Claramente porque punição envolve a imposição deliberada de dor, aflição de algum tipo, normalmente contra a vontade de quem a recebe, existindo contra isso uma objeção moral *prima facie*, cuja superação exige justificação²⁸.

²⁶ Tradução livre de:

"When a value judgement is true, there must be a reason why it is true. It can't be just true. It is always appropriate to ask why morality requires what we say it does, and never appropriate to say: it just does. (...) In the formal and informal sciences we seek evidence for propositions, and in the domain of value we make a case for propositions". DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 114-116. Sobre as noções de objetividade e a independência do valor : MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Op. Cit.; DWORKIN, Ronald. **Objectivity and truth**: you'd better believe it. p. 87-139; DWORKIN, Ronald. **Can we disagree about law or morals?** Palestra apresentada em 2007. Disponível em: <thirteen.org/fórum/topics/can-we-disagree-about-law-or-morals/14/> Acesso em 23.11.2016; DWORKIN, Ronald. **Please don't talk about objectivity any more.** p. 179-200.

²⁷ BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 193

²⁸ Tradução livre de:

"Why should it be felt that this particular practice requires moral justification, when in the case of so many other practices- from warning to washing-up – we don't feel that the question even arises? Clearly because punishment involves the deliberate infliction of pain, i.e. distress of some sort, normally against the wishes of the recipient, and this is something to which there is a prima facie moral objection, the overriding of which requires justification". ARMSTRONG, K. G. **The retributivist hits back.** In: ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment.** p. 141.

De forma mais pragmática, Paulo BUSATO²⁹ vincula a necessidade de justificação da pena ao momento em que se completa a formação do Estado moderno, com a ascensão do princípio da legalidade. Como consequência, surgiriam formas discursivas de justificação das penas a partir do condicionamento da atividade do soberano.

De qualquer sorte, toda teoria da pena se reportará ao problema de que, de alguma maneira, devem ser encontrados pressupostos suficientes para justificar uma atividade humana na qual homens associados a um Estado apliquem um mal a alguns de seus semelhantes³⁰.

A questão se torna ainda mais dramática se falarmos em termos de um Estado liberal, no sentido político. Uma organização política deste tipo só poderá ser considerada legítima se agir com igual respeito e consideração para com os cidadãos sobre os quais exerce autoridade:

Nenhum governo é legítimo, a não ser que se submeta a dois princípios reinantes. Primeiro, ele deve demonstrar igual consideração pelo destino de cada pessoa sobre a qual reivindica domínio. Segundo, ele deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de cada pessoa em decidir por si mesma como fazer algo de valioso de sua vida³¹.

Ou seja, a justificativa da pena, da forma como trabalho, deve ser capaz de dar bons motivos para pensar que o tratamento aflitivo dado a uma pessoa, na condição de cidadã de um Estado, é compatível com um governo legítimo.

No contexto de um Estado que pretenda respeitar a igualdade entre seus cidadãos, além de não lhes submeter uma versão impositiva de *bem*, verifica-se uma tensão latente entre a pena e a legitimidade do organismo estatal. Não é sem motivo que um dos temas mais presentes nos debates filosóficos sobre a pena recaia

²⁹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. p. 210.

³⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 152.

³¹ Tradução livre de:

"No government is legitimate unless it subscribes to two reigning principles. First, it must show equal concern for the fate of every person over whom it claims dominion. Second, it must respect fully the responsibility and the right of each person to decide for himself how to make something valuable of his life." DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 2.

justamente sobre a compatibilidade entre o liberalismo político³² e os princípios que subjazem à pena.

Mostra-se fácil demonstrar a incompatibilidade entre uma perspectiva corretiva e defensiva da pena, manifestada mais recentemente na Nova Defesa Social, de Marc ANCEL³³, e princípios políticos legítimos, capazes de respeitar a integridade dos indivíduos³⁴.

Contudo, mesmo o retributivismo não consegue escapar ao enfrentamento do problema, sendo possível encontrar diversas tentativas de solucioná-lo na literatura atual. MATRAVERS, por exemplo, vê uma incompatibilidade *a priori* entre o caráter moral da pena e os pressupostos do liberalismo³⁵, ao passo que METZ enxerga uma *“profunda tensão entre as concepções padrão de política liberal e pena retributiva, duas visões que muitos teóricos normativos e leigos defendem simultaneamente”*³⁶. BRUBAKER, por sua vez, chega a afirmar que há uma incompatibilidade real entre um liberalismo imparcial e o caráter distintivamente condenatório da pena³⁷.

Em síntese, e para concluir esta apresentação do problema, a pena criminal fornece uma necessidade de justificação bastante peculiar. Sigo BOONIN, mais uma vez, neste ponto, para cercar a questão de três afirmações diversas. Em primeiro lugar, a atividade de apenar exige uma distinção importante entre os cidadãos de um Estado. Em segundo lugar, deve ficar claro que este tratamento diferenciado, no caso

³² Falo em liberalismo político em sentido bastante abrangente e sem preocupação, aqui, com o valioso debate acerca do uso adequado do termo. Para uma referência sobre o assunto: NUSSBAUM, Martha C. **Perfectionist Liberalism and Political Liberalism**. p. 3-45.

³³ Consultar: ANCEL, Marc. **La défense sociale nouvelle** (Um mouvement de politique criminelle humaniste).

³⁴ Sobre isso, ver a boa análise realizada por Salo de Carvalho, em: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**.

³⁵ MATRAVERS, Matt. **Political Neutrality and Punishment**. p. 217-230.

³⁶ Tradução livre de:

“There is a deep tension between standard conceptions of liberal politics and retributive punishment, two views that many normative theorists and laypeople simultaneously endorse.” Continua Metz: *“Liberalism is more or less the thesis that the basic function of a state ought to be to protect people’s rights to live as they see fit. A liberal maintains that the government’s aim should not be to get its citizens to adopt any particular conception of the good, but instead merely to protect the equal ability of citizens to live according to their own conceptions. Retributivism is roughly the doctrine that the proper function of legal punishment is something other than protection. A retributivist claims that a state’s punitive measures should constitute a proportionate, negative response to a past crime, and denies that they should be imposed for the sake of preventing future crime. Several philosophers are explicitly both liberals about politics and retributivists about punishment, including Immanuel Kant, Robert Nozick, Jean Hampton, Andrew von Hirsch, Antony Duff, Michael Moore and myself.”* METZ, Thaddeus. **How to Reconcile Liberal Politics with Retributive Punishment**. p. 683-705.

³⁷ BRUBAKER, S. C. **Can liberals punish?** p. 821-236.

da pena, envolve infligir dor a um destes grupos de pessoas. Por último, não só esta medida envolve causar dor, mas esta dor é provocada intencionalmente³⁸.

Tornar o conteúdo dessas afirmações legítimo, através da construção de uma teoria da pena responsiva a ideias de justiça³⁹, é o que se pode chamar de *problema da pena*.

1.2 UMA CONCEPÇÃO DE PENA

Evidenciada a peculiaridade do problema que enfrento neste trabalho, julgo necessário dar um passo atrás, a fim de desenvolver uma concepção de pena (sempre desde a perspectiva filosófica). A concepção que busco deve ser compatível com as diversas respostas possíveis para a necessidade de justificação e, ao mesmo tempo, capaz de abarcar, razoavelmente, as práticas concretas que se poderia designar por *pena*.

Como já adiantei⁴⁰, não tenho a pretensão de desenvolver uma concepção nova de pena. Neste momento, a análise será basicamente descritiva, voltada para a forma como os autores consultados formulam sua ideia de pena, mas com a intenção singela de fornecer ao leitor uma aproximação com os termos que manejarei no restante do trabalho.

Muito embora alguns elementos indissociáveis da noção aqui defendida já tenham sido adiantados (caráter aflitivo e sua intencionalidade/essencialidade), uma ideia melhor trabalhada do que exatamente tenho em mente quando falo em pena pode ser exposta.

Imputo boa parte da divergência encontrada nos autores consultados aos diferentes graus de exigência e expectativa que estes atribuem a uma definição da prática. Como contraste mais sensível, enquanto BOONIN dedica-se a esquadrihar, com refutações hipotéticas e contra respostas, cada elemento que adiciona ao seu conceito de pena⁴¹, Nicola LACEY é capaz de afirmar o seguinte:

³⁸ BOONIN, David. Op. Cit. p. 28.

³⁹ BEDAU, Hugo Adam. **Retribution and the Theory of Punishment**. p. 601-620.

⁴⁰ *Supra*, notas 8 e 20.

⁴¹ BOONIN, David. Op. Cit. p. 1-28.

... não devemos confundir a pretensão de produzir uma definição com aquela de desenvolver uma teoria (...). A definição (...) precede e fornece termos relativamente flexíveis de referência para o argumento substantivo. (...) as dificuldades inerentes à pretensão de definição podem ser mitigadas se tivermos em mente, em primeiro lugar, (...) que a linguagem tem, inerentemente, uma “textura aberta”. (...) Em segundo lugar, pode ser útil empregar o que é conhecido como “técnica do caso principal”. Isso reconhece que os elementos escolhidos são mais significativos do ponto de vista do teórico, e o que eles identificam são as instâncias “centrais” ou paradigmáticas da pena⁴².

Não pretendo, neste espaço, debater o que, em termos filosóficos, se pode esperar de uma definição/concepção, muito menos realizar um estudo comparativo entre variadas ideias fornecidas pela literatura. Quero apontar para fato de que vislumbro um relativo consenso em relação aos elementos que se entendem como *significativos* para a pena.

Recorro àquela formulação que, a despeito do transcurso de quase meio século, ainda é a mais clara e direta: a desenhada por HART, em seus Prolegômenos aos Princípios da Pena (**Prolegomenon to the Principles of Punishment**)⁴³. HART se baseia explicitamente nas formulações de filósofos que, insertos no ambiente da filosofia moral analítica anglo-saxã, voltaram-se, no início da segunda metade do século XX, para o problema da pena. Boa parte de suas produções foram reunidas na coletânea dirigida por H. B. ACTON, intitulada A Filosofia da Pena (**The philosophy of punishment**)⁴⁴.

Assim, partindo dessas reflexões e fazendo uso da *central case technique* a que LACEY se refere, HART distinguirá 5 elementos caracterizadores da pena:

⁴² Tradução minha. No original:

“...we must not confuse the enterprise of producing a definition with that of developing a theory: the definition must act as a starting point which describes the practices which will be not only argued for and against, but also their extent and nature argued about. It precedes and sets relatively flexible terms of reference for the substantive argument. (...) the difficulties inherent in the enterprise of definition can be mitigated if we bear in mind some important arguments developed in the context of legal theory by H.L.A. Hart. In the first place, we must recognize that language is inherently ‘open-textured’ (...). Secondly, it may be useful to employ what has come to be known as a ‘central case technique’. This recognizes that the features chosen as definitional are those which are most significant from the point of view of the theorist, and what they identify are the ‘central’ or paradigm instances of punishment”. LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 5-6.

⁴³ HART, H. L. A. **Prolegomenon to the principle of punishment**. In: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 1-27.

⁴⁴ ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**.

Neste momento vou simplesmente me basear nos admiráveis trabalhos recentes espalhados por periódicos filosóficos ingleses (...). Então, com o Sr. Benn e com o Professor Flew, definirei as ideias padrão ou centrais para a 'pena' em termos de cinco elementos:

- (i) Ela deve envolver dor ou outras consequências normalmente consideradas desprazerosas;
- (ii) Ela deve ser em razão de uma ofensa a uma regra legal;
- (iii) Ela deve ser aplicada no verdadeiro ou suposto ofensor, em razão de sua ofensa;
- (iv) Ela deve ser intencionalmente administrada por humanos diversos do ofensor;
- (v) Ela deve ser imposta e administrada por uma autoridade constituída por um sistema legal contra o qual a ofensa é cometida⁴⁵.

Note-se que HART inclui elementos que já abordei para tratar do problema da pena. Assim, (i) e (iv) referem-se, respectivamente, para o caráter aflitivo da pena e para sua intencionalidade.

Os itens (ii) e (v), contudo, ainda não foram mencionados. Referem-se à previsão legal de uma ofensa e à existência de um sistema de administração de justiça. Dizem respeito à pena ser *autorizada* ou *oficial*⁴⁶. Tais elementos parecem essenciais para excluir práticas que se assemelhariam à prática da pena⁴⁷, mas que seriam melhor chamadas de *vingança*⁴⁸. Nos termos de FLEW (sobre o qual HART, vale lembrar, se baseia):

... numa abordagem padrão, a pena deve (ao menos supostamente) ser imposta em virtude de alguma autoridade especial, conferida através ou por instituições, pelas leis ou regras contra as quais a ofensa foi cometida. (...) A ação direta por parte de um indivíduo não autorizado que toma para si a atividade de punir pode ser chamada de pena (...). Mas, assim sendo, tratar-se-ia de um caso não padrão de pena, que poderia igualmente ser chamado de simulacro (isto é, por uma alegação falsa) de pena⁴⁹.

⁴⁵ Tradução livre de:

"Here I shall simply draw upon the recent admirable work scattered through English philosophical journals (...). So with Mr. Benn and Professor Flew I shall define the standard or central case of 'punishment' in terms of five elements:

- (i) *It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant.*
- (ii) *It must be for an offence against legal rules.*
- (iii) *It must be of an actual or supposed offender for his offense*
- (iv) *It must be intentionally administered by human beings other than the offender.*
- (v) *It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offence is committed".* HART, H. L. A. Op. Cit. p. 4-5.

⁴⁶ São esses os termos em BONNIN, David. Op. Cit. 23-26.

⁴⁷ Ver: HONDERICH, Ted. Op. Cit. p. 14-21.

⁴⁸ Muito embora a própria possibilidade de se estabelecer essa diferença seja fonte de uma reflexão fundamental. Sobre o tema, imprescindível: RICOEUR, Paul. **Justiça e vingança**. In: **O Justo 2**: justiça e verdade e outros estudos. p. 251-260.

⁴⁹ Tradução livre de:

Quando falo em pena, portanto, falo em *pena legal*⁵⁰, mas sem igualá-la à ideia de *consequência de um delito*⁵¹. Isto significa dizer que trabalho com pena como prática e instituição, que, mesmo se decorrente da existência de um sistema jurídico (*autorizada*), não se confunde como simples elemento de tal sistema.

Temos até agora, portanto, que a pena, grosso modo, deve ser *intencionalmente aflagante*, decorrer de uma *ofensa prevista*, e *autorizada* por um sistema legal⁵². Resta justificar a exigência hartiana de que a pena deva “*ser aplicada no verdadeiro ou suposto ofensor, em razão de sua ofensa*”⁵³.

Tal exigência pode soar estranha e não seria surpresa se alguém objetasse que a incluir na própria concepção de pena já significaria adotar uma concepção retributiva, já que haveria uma ligação necessária entre a ideia de pena e uma resposta *em razão de uma ofensa pretérita*.

Considero essa objeção um erro. Simplesmente porque a referência a uma ofensa cometida (ou supostamente cometida) é um elemento lógico da pena⁵⁴.

Não importa que se defenda que só se possa falar de pena quando a pessoa punida é realmente aquela que praticou uma ofensa (penso, com BOONIN⁵⁵, dessa forma) ou que se aceite falar em pena mesmo quando a um inocente é imposto sofrimento intencional. Resposta a essa questão terá, com efeito, reflexo no tratamento que se dará para a justificação moral da pena, especialmente para rebater

“... in a standard case punishment has to (be at least supposed to) be imposed by virtue of some special authority, conferred though or by the institutions against the laws or rules of which the offence has been committed. (...) Direct action by an unauthorized busybody who takes it upon himself to punish might be called punishment (...). But. If so, it would be a non-standard case of punishment. Or it might equally well be called pretending (i.e. claiming falsely) to punish.” FLEW, Antony. **The Justification of Punishment**. In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. p. 87.

⁵⁰ Sobre a distinção e as diferenças de tratamento do tema, comparar as excelentes entradas ‘Legal Punishment’ e ‘Punishment’ na Enciclopédia Plato, ambas com farta referência bibliográfica: DUFF, Anthony. **Legal Punishment**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed). Disponível em: <plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/> Acesso em 25.06.2015; BEDAU, Hugo Adam; KELLY, Erin. **Punishment**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed). Disponível em: <plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/> Acesso em 25.06.2015

⁵¹ A questão é bem trabalhada em: NINO, Carlos Santiago. Op. Cit. p. 198-208.

⁵² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. Cit. p. 68.

⁵³ Tradução livre. Ver original *supra*, nota 36. HART, H. L. A. Op. Cit. p. 5.

⁵⁴ Ver a excelente problematização da questão realizada por John Gardner, na introdução à coletânea de Hart: GARDNER, John. **Introduction**. In: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. xiii-liii.

⁵⁵ BOONIN, David. Op. Cit. p. 18-21.

a recorrente crítica de que uma abordagem consequencialista permitiria abrir mão da distinção entre a relevância moral da culpa/inocência⁵⁶.

Quando incluo a referência a uma ofensa pretérita, contudo, há simplesmente a constatação de que não faz sentido falar em imposição intencional de sofrimento a alguém, senão *em razão* ou *porque* um ato proibido foi realizado. Não aponto, com esta afirmação, para nenhuma razão acerca do que justifica a prática de apenar⁵⁷.

Mesmo uma leitura apressada de Jeremy Bentham suporta o argumento. Digamos que seja moralmente permissivo que um Estado imponha sofrimento a uma pessoa em razão da realização de uma ofensa porque tal medida aumentará a felicidade geral dos indivíduos. Nem assim, portanto, a referência à infração pretérita pode ser excluída e a objeção levantada deve ser inteiramente afastada.

Realizadas essas ressalvas, com apoio em BOONIN, adoto para fins deste trabalho, a concepção hartiana de pena, pois é suficientemente *neutra* em relação às diversas justificativas morais para a pena e suficientemente *precisa* para abarcar, de modo geral, as práticas que tenho em mente quando falo em pena⁵⁸.

Assim, a pena pode ser definida como a *imposição intencional e autorizada de sofrimento ou dor a um indivíduo, em razão de um ato (suposto ou real) que tenha ofendido uma regra prevista por um sistema legal*.

1.3 A RELEVÂNCIA E O RESSURGIMENTO DO RETRIBUTIVISMO

Como demonstra Alessandro BARATTA, as justificações da pena costumam seguir dois caminhos: ou se concentram na ideia justiça, ou tomam por base a noção de utilidade⁵⁹.

Isso significa dizer que as teorias da pena seguem uma clivagem fundamental: de um lado, fala-se em teorias absolutas e, de outro, em teorias relativas da pena. Na literatura majoritariamente anglo-saxã com que trabalho, contudo, esta divisão é

⁵⁶ Para uma acusação desse tipo, ver: MABBOTT, J. D. **Punishment**. In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. p. 39-54. Para uma interessante discussão sobre a relevância moral de critérios de culpa: HART, H. L. A. **Punishment and the Elimination of Responsibility**. In: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 158-185.

⁵⁷ Visão diferente é exposta por Hugo Bedau, o qual mitiga a possível independência entre uma concepção de pena (que chama de *theory of punishment*) e sua justificação moral: BEDAU, Hugo Adam. Op. Cit.

⁵⁸ Esses critérios para avaliar a qualidade de uma definição estão em BOONIN, David. Op. Cit. p. 4-6.

⁵⁹ BARATTA, Alessandro. **Vecchie e nuove strategie di legittimazione della pena**. In: **Dei delitti e delle pene**. Vol. 2. p. 247-268.

representada em termos de retribuição e prevenção⁶⁰. A dicotomia é assim trabalhada pelo suíço Peter NOLL, por exemplo⁶¹.

A ideia pode ser ilustrada pela referência à clássica fórmula de Sêneca: *quia peccatum est, sed ne peccetur*, a qual, segundo Anabela Miranda RODRIGUES⁶², apresenta, grosso modo, a divisão das diversas teorias elaboradas tanto por juristas, como por filósofos que enfrentaram o tema.

Teríamos, seguindo esse raciocínio, em primeiro lugar, teorias preocupadas com o fato pretérito. Este grupo se atentaria para o passado, uma vez que sua referência principal é o mal inerente à ofensa já cometida.

O segundo grupo de teorias tomaria com maior relevância as consequências desse mesmo fato. Logo, seria possível afirmar que se preocupam com o futuro, por tomarem como justificação da pena a prevenção de novas ofensas.

Deve-se guardar em mente, contudo, que essa referência para o passado ou para o futuro serve antes como apresentação das teorias de justificação da pena, do que verdadeiro critério para sua distinção. Gerald BRADLEY⁶³ mostra que qualquer teoria retributiva terá algum elemento *forward-looking*, enquanto Dean CLARKE aponta para os cuidados para não se cair num *debate vulgar*⁶⁴. É dizer, a mera referência para o passado ou para o futuro não caracteriza qualquer teoria como preventiva ou retributiva.

Ressalto, ainda (e uma vez mais), que não se pode confundir a referência (lógica e necessária) de qualquer concepção de pena para a ofensa pretérita com a relevância dessa ofensa para a justificativa moral da pena.

Isto dito, evidencia-se que o retributivismo – entendido como grupo de teorias que justifica a pena desde a ideia de merecimento⁶⁵ – encontra forte rejeição na doutrina penal, mormente brasileira.

⁶⁰ Embora seja usual a oposição entre retributivismo e utilitarismo (ver BURGH, Richard. W. Op. Cit. p. 194), nem todas as teorias preventivas (ou consequencialistas) podem ser qualificadas como utilitaristas. Nesse sentido: LACEY, Nicola. Op. Cit. p. 27-45; BOONIN, David. p. 79-84.

⁶¹ NOLL, Peter. **La fondazione ética della pena**. In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. p. 29-55.

⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda. Op. Cit. p. 153.

⁶³ BRADLEY, Gerard V. **Retribution**: the central aim of punishment. p. 19.

⁶⁴ CLARKE, Dean H. **Justifications for Punishment**. p. 25-77.

⁶⁵ DUFF, R.A. **Punishment, Retribution, and Communication**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian, von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. Op. Cit. p. 126-134. A noção será melhor trabalhada adiante.

Seja porque existe uma confusão entre atribuir finalidades para a pena com sua justificativa moral, seja porque há poucas referências a estudos em filosofia da pena, é comum que, no âmbito jurídico, se associe o retributivismo a um mero resquício de barbárie e uma manutenção de irracionalidade, incompatível com a pretensão de racionalização do Estado Moderno.

Neste sentido, afirma-se:

A sobrevivência histórica da pena *retributiva*- a mais antiga e mais popular *função* atribuída à pena criminal- parece inexplicável para o discurso oficial: a pena como *expição* de culpabilidade lembra suplícios e fogueiras medievais, concebidos para *purificar* a alma do condenado; a pena como *compensação* de culpabilidade atualiza o impulso de vingança do ser humano, tão velho quanto o mundo⁶⁶.

Ou, nas palavras de BUSATO: “a fórmula odiosa e maniqueísta do retribucionismo segue existindo como fundamento defendido por alguns autores, apesar da inevitável associação à ideia de vingança, própria de uma barbárie ancestral”⁶⁷.

Críticas desse tipo, contudo, precisam de um complemento argumentativo, somente encontrável no debate moral oferecido pela filosofia da pena. Primeiro, porque não parecem levar a sério a proposta do retributivismo, a saber, sua pretensão de justificar moralmente a pena. Segundo, porque não enfrentam (e é plenamente possível fazê-lo⁶⁸) o núcleo da proposta retributivista, alocado em sua herança filosófica.

Essa necessidade de um complemento argumentativo é verificada também na posição de André GIAMBERARDINO, ao afirmar que a crítica *legal*⁶⁹ ao retributivismo é frágil:

⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 425.

⁶⁷ BUSATO, Paulo Cesar. Op. Cit. p. 222.

⁶⁸ Com efeito, a maior parte das obras consultas para elaborar esse capítulo se preocupa justamente em enfrentar a racionalidade interna do retributivismo, desde seus pressupostos filosóficos.

⁶⁹ Embora recente e bastante discutido livro de Victor Tadros apresente críticas semelhantes desde a filosofia, a se destacar seu ceticismo quanto ao livre-arbítrio e às reminiscências “barbáricas” do retributivismo: TADROS, Victor. **The Ends of Harm**. The Moral Foundations of Criminal Law. Especialmente cap. 3 e 4. p. 41-88. Para uma resposta contundente a estas objeções, ver: BERMAN, Mitchell N. **Rehabilitating Retributivism**. p. 83-208.

Todavia, a crítica jurídica às versões clássicas da teoria da retribuição é, em regra, insatisfatória. (...) é equivocado afirmar, ao menos genericamente, que a perspectiva retributiva não está preocupada em justificar a necessidade da pena; na verdade, é justamente o que ela busca fazer. Em relação à indemonstrabilidade do livre arbítrio do sujeito, vale anotar, por ora, que este é um dilema igualmente presente nas teorias prevencionistas modernas, a não ser que se adote um modelo de sujeito determinado estranho ao próprio arcabouço dogmático da teoria do delito. Dizer, por fim, que o retributivismo leva a penas cruéis ou que se vincula necessariamente a impulsos de vingança indica uma visão estereotipada dele, na medida em que “não se defende penas cruéis, e sim, justas, isto é, proporcionais ao delito”. A “acusação” sobre a indeterminação das consequências, aliás, parece bem mais consistente quando dirigida às formas de pena assumidas no utilitarismo e seus escopos preventivos. Não se pode, enfim, rejeitar a teoria retributiva simplesmente porque ela é retributiva e não utilitarista, ou seja, apelar à racionalidade supondo “que a única racionalidade possível é de natureza consequencialista”⁷⁰.

Outrossim, se essa crítica *legal* (mais precisamente, aquela encaminhada da parte de juristas) parece não enfrentar adequadamente o problema nos termos propostos pelo retributivismo clássico (identificado geralmente com Kant e Hegel⁷¹), ela certamente ignora o que se pode chamar de *neoretributivismo*. Em verdade, já em 1976 era possível afirmar que “*defender uma justificativa retributiva para a pena não é mais tomado como uma defesa de vingança social...*”⁷².

Parece, realmente, haver algo a mais no retributivismo do que mera vingança. É verdade que muito do apelo contemporâneo das teorias retributivistas se deve a sua proximidade a noções extraídas do senso comum. Andrew von HIRSCH, um autor central no movimento de ressurgimento do retributivismo, o admite expressamente, ao afirmar que a ideia de *merecimento*, na filosofia penal (à qual poderíamos, facilmente, acrescentar outras expressões como *fazer justiça e pagar pelo que se faz*), coteja com algo que constitui parte integral de *julgamentos morais do dia-a-dia*⁷³.

⁷⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. Cit. p. 73-74.

⁷¹ Ver: CATTANEO, Mario A. **Sulla filosofia penal di Kant e di Hegel**. In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. p. 117-136.

⁷² Tradução livre de:

“*Defending a retributive justification of punishment is no longer taken as a defense of social vengeance or of ‘intellectual Prussianism’*. In the last few years several arguments have appeared in support of retributivism.” HARWARD, Donald W. **The Bitter Pill of Punishment: Retribution**. p. 199-204.

⁷³ von HIRSCH, Andrew. **Proportionate Sentence: a desert perspective**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 115-125.

Mais, há estudos empíricos a demonstrar que essas expressões são, de fato, relacionadas à forma como, primordialmente, se pensa a pena- retribuição antes de prevenção não é algo deslocado da realidade⁷⁴.

Para me fazer bem claro, penso que, a despeito da sua densidade teórica, o retributivismo esbarra em insuperáveis aporias *internas*⁷⁵, além de não suportar o confronto com as críticas *materiais*⁷⁶. Contudo, tanto os fundamentos com os quais os retributivistas trabalham, como o apelo prático que suas propostas encontraram, não permitem que se descarte essas ideias de forma apressada.

Como deixa claro Andrew ASHWORTH⁷⁷, a *desert theory* (e, direi, o retributivismo em geral), apesar dos atritos já referidos, é reconhecidamente ancorada na teoria política liberal, mormente de matriz kantiana⁷⁸, além de demonstrar preocupação constante com a tendente expansão do sistema punitivo e, talvez sua característica mais facilmente reconhecível, ter a pretensão de que a pena seja determinada por critério coerentes e previsíveis.

É claro que esse compromisso com uma teoria política liberal pode ser questionado, pois falar em liberalismo pode soar estanho. Ocorre que as justificativas da pena têm relevância para a formatação de um sistema penal material⁷⁹ e não se deve ignorar que a premissa liberal, em termos de desconfiança do poder estatal, se encobre de um não desprezível potencial crítico.

⁷⁴CARLSMITH, Kevin M. **The roles of retribution and utility in determining punishment.** 437-451; WATAMURA, Eiichiro; *et all.* **The automatic Activation of Retributive Motive When Determining Punishment.** p. 236-240. Extremamente relevante, pela proximidade, mas principalmente pela possibilidade de abertura para novas formas de lidar com os conflitos sociais, o estudo apresentado em GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. Cit. p. 21-65.

⁷⁵ OLCCHANOWSKI, Nikolai. **Uma Reflexão Sobre o Lugar da Retribuição na Justificação da Pena.**

⁷⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCCHANOWSKI, Nikolai. **A pena estatal contra a democracia: reflexões a partir da filosofia política.**

⁷⁷ ASHWORTH, Andrew. **Desert.** in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** p. 102-109.

⁷⁸ Embora não deixe de ser curiosa a noção bastante difundida de que a filosofia explicitamente política é uma das áreas mais pobres da produção de Kant, tanto qualitativa quanto quantitativamente. Confira-se: PIRES, Alvaro P.. **Kant face à la justice criminelle.** Cap. 4, p. 145-205. in: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro P.. **Histoire de savoir sur le crime e la peine.** Tome II: La rationalité et la naissance de la criminologie. Ainda e principalmente, relevantes as ressalvas de Hannah Arendt, para quem “falar sobre e investigar uma filosofia política de Kant tem suas dificuldades” e “o tom irônico de À paz perpétua, de longe a mais importante delas [obras políticas], mostra claramente que Kant não as levava muito a sério.” (tradução minha). ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant’s political philosophy.** p. 7.

⁷⁹ Não obstante a relação entre filosofia e sistemas criminais seja mais conflituosa e, definitivamente, mais complexa do que à primeira vista se apresenta. Nesse sentido: FARMER, Lindsay. **What has the philosophy of punishment got to do with criminal law?** p. 241-251; TADROS, Victor. **Introduction: Political Philosophy and Criminal Justice.** p. 179-184.

Conforme Alberto PIRES, a matriz liberal é a origem do princípio de intervenção mínima, tão significativo ao se lidar com questões penais:

Seja como for, se esse princípio de intervenção mínima é conservador de um ponto de vista social e econômico, ele é inversamente crítico em matéria penal. Pois, aqui, o que Estado distribuí é um 'bem negativo' (Sack, 1968: 469): a pena é um status social estigmatizado⁸⁰.

Isto afirmado, julgo necessário, em razão do pouco que é dito no debate brasileiro acerca do tema, referir o modo como o retributivismo voltou à cena da filosofia da pena contemporânea e quais as consequências desse movimento. Em primeiro lugar, pode-se afirmar, sem medo, que esse ressurgimento do retributivismo teve origem no mundo anglo-americano⁸¹.

Andrew von HIRSCH⁸² elenca como centrais para o renovado interesse no retributivismo os já citados estudos de filosofia moral analítica inglesa, especialmente aqueles reunidos na coletânea organizada por ACTON⁸³.

Na leitura de von HIRSCH, estas obras foram essenciais para denunciar um problema constante na filosofia da pena. Isto porque destacavam a necessidade de uma abordagem crítica da maneira puramente instrumental com a qual se pensavam matérias penais até ali- evidenciada pelo transporte constante de entendimentos utilitaristas para a área⁸⁴.

⁸⁰ Tradução livre de:

"Quoi qu'il soit, si ce principe de l'intervention minimale est conservateur d'un point de vue social et économique, il est, inversement, critique en matière pénale. Car, ici, ce que l'État distribue est un <<un bien négatif>> (Sack, 1968 :469) : la peine et un statut social stigmatisé." PIRES, Alvaro P. Op. Cit. p. 15.

⁸¹ DUFF, R.A.. **Punishment, Retribution and Communication**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 126-134.

⁸² von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 115.

⁸³ ACTON, H. B. Op. Cit.

⁸⁴ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 115.

De fato, ainda que se conteste os termos e as conclusões de autores como MUNDLE⁸⁵, MABBOT⁸⁶, QUINTON⁸⁷, BAIER⁸⁸ e ARMSTRONG⁸⁹, o fato é que seus estudos aportaram níveis de sofisticação muito maiores para as reflexões sobre justificação da pena. Apresentam, todos, uma aberta contestação da forma como, predominantemente, se pensava a pena até meados do séc. XX. Significava isto se opor à ideia de que a pena era, sem muito questionamento, tomada por justa em razão de seu (imaginado e nunca demonstrado) potencial intimidador e reformador.

Ou seja, constatava-se o descompasso entre as justificativas até então dominantes para a pena e a realidade das políticas criminais praticadas. Isto era particularmente significativo, penso, em razão da sensibilidade das justificativas preventivas à constatação empírica do sucesso/insucesso das *funções* que se atribui à pena.

A ideia se torna mais clara ao se recorrer às bem documentadas mudanças na filosofia da pena e nas práticas de política criminal nos EUA, mais perceptíveis a partir da década de 1970, quando o ideal preventivo já encontrava seu ocaso.

Veja-se, a título de exemplo, as afirmações de Albert ALSCHULER, acerca de realidades temporais separadas por pouco mais de duas décadas:

A reabilitação permaneceu como a professada finalidade central da justiça criminal americana- ao menos na maior parte da retórica pública- até o quarto final do século XX. Em 1949 a Suprema Corte declarou: “A retribuição não é mais o objetivo dominante da lei penal. Reforma e reabilitação dos ofensores se tornaram finalidades importantes”. Em 1952, a Corte falou de uma “tardia e não finalizada substituição por prevenção e reforma para a acusação pública”⁹⁰.

⁸⁵ MUNDLE, C. W. K.. **Punishment and desert**. In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. p. 65-82.

⁸⁶ MABBOTT, J. D. Op. Cit.

⁸⁷ QUINTON, Anthony M. **On punishment**. In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**.. p. 55-64.

⁸⁸ BAIER, K. E.. **Is punishment retributive?** In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. p. 130-137.

⁸⁹ ARMSTRONG, K. G. Op. Cit.

⁹⁰ Tradução livre de:

“Rehabilitation remained the central professed goal of American criminal justice- at least in most public rhetoric- until the final quarter of the twentieth century. In 1949 the Supreme Court declared, “Retribution is no longer the dominant objective of the criminal law. Reformation and rehabilitation of offenders have become important goals”. In 1952, the Court spoke of a “tardy and unfinished substitute of deterrence and reformation for public prosecution” ALSCHULER, Albert. **The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the past Century and Some Thoughts about the Next**. p. 6.

E, sobre a parte final do século XX:

Dentre os 15 anos de comentários de Ramsey Clark, a reabilitação passara do topo para o final da lista da maioria de estudiosos para finalidades da pena. A finalidade principal da pena criminal se alterou quase que instantaneamente, e a primeira se tornara a última⁹¹.

Como constata Richard W. BURGH, a crescente decepção com justificativas utilitaristas deu vazão a uma busca mais acentuada para a solução de problemas que insistiam em permanecer não solucionados⁹².

Significativo que o relevante artigo de Robert MARTINSON⁹³, de 1974, o qual, no fundo, afirmava que nada do que se fazia funcionava (*nothing works*), foi publicado em meio a essa desilusão com a *deterrence* e a *reform*, dando base empírica para o desencanto com a prisão. A situação afetava, evidentemente, qualquer justificativa preventiva da pena.

Se, do lado da política criminal, como detectou Maurício DIETER, “*não surpreende o fato de que toda a legitimidade da prisão tenha voltado a depender da função de prevenção especial negativa (‘incapacitation’)*”⁹⁴, com o surgimento de uma verdadeira política criminal atuarial, do lado da filosofia da pena houve uma “virada da maré” em direção ao retributivismo:

Até inícios da década de 1970 o retributivismo era um ramo relativamente minoritário na literatura da pena, a qual era dominada pela posição consequentialista. A situação começou a mudar com a publicação de dois livros, em 1976: *Doing Justice*, de von Hirsch, e *Fair and Certain Punishment*, o relatório do *Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing*. A maré, desde então, virou tão significativamente que em 1990 um estudioso

⁹¹ Tradução livre de:

“*Within fifteen years of Ramsey Clark’s remarks, rehabilitation had gone to the top of most scholars’ lists of the purposes of punishment to the bottom. The dominant goal of criminal punishment changed almost in an instant, and the fist became the last.*” ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 9.

⁹² BURGH, Richard W. Op. Cit. p. 194.

⁹³ MARTINSON, Robert. **What works?** Questions and answers about prison reform. p. 22-54.

⁹⁴ DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história.** Tese (Doutorado)- UFPR, 2012. Disponível em: Busca Integrada ao Acervo UFPR. p. 85. Há edição em livro: DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a Criminologia do fim da história.**

do assunto poderia plausivelmente escrever, numa revisão de publicações neste campo, que 'hoje, a teoria da pena é amplamente retributiva'⁹⁵.

As referências a *Fair and Certain Punishment*⁹⁶ e a *Doing Justice*⁹⁷ são tomadas por Anthony ELLIS⁹⁸ como exemplos a provar que o novo retributivismo apresentava propostas práticas, especialmente voltadas para a determinação da pena criminal (*sentencing*).

Ambas as obras, em verdade, iam de encontro à ainda dominante presença das sentenças indeterminadas⁹⁹, corolário da ideologia utilitarista. Concomitantemente, buscava-se a redução nas disparidades em sentenças sobre casos semelhantes, bem como a reserva da pena de prisão apenas a casos considerados graves¹⁰⁰.

Em termos mais abstratos, exsurge a ideia de que a pena adequada para cada caso era aquela *merecida* pelo ofensor, ou seja, adequada à gravidade da ofensa. E, na literatura que logo se seguiu, deixou-se para trás a retórica agressiva e vingativa atrelada ao retributivismo clássico.

Téoricos do retributivismo deixaram de ser referir a uma vingança da vítima e da sociedade sobre o criminoso. O central passou a ser a ideia de merecimento do indivíduo. Ainda, ganhou-se em sofisticação teórica e em densidade filosófica, o que afastou a imagem arcaica de uma vingança crua e violenta sobre o ofensor¹⁰¹.

⁹⁵ Tradução livre de:

"Up to the early 1970s, retributivism was a relatively minor strand in the literature on punishment, which was dominated by the consequentialist position. That situation began to change with the publication in 1976 of two books: Doing Justice, by von Hirsch, and Fair and Certain Punishment, the report of the Twentieth Century Fund Task Force on Criminal Sentencing. The tide has changed so significantly since then that by 1990 one student of the subject could plausibly write, in a survey on recent work in the field, that 'today, the theory of punishment is largely retributive'". BOONIN, David. Op. Cit. p. 86, nota 3.

⁹⁶ TWENTIETH CENTURY FUND TASK FORCE ON CRIMINAL SENTENCING. **Fair and certain punishment**. New York: McGraw-Hill Book Company, 1976.

⁹⁷ Recorro à versão resumida, publicada em: von HIRSCH, Andrew. **Doing Justice: The choice of punishments**. In: JACOBY, Joseph E. **Classics of Criminology**. p. 373-380.

⁹⁸ ELLIS, Anthony. **Recent work on punishment**. The philosophical Quarterly. p. 225-233.

⁹⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. p. 805.

¹⁰⁰ von HIRSCH, Andrew. Op. Cit. p. 374; TWENTIETH CENTURY FUND TASK FORCE ON CRIMINAL SENTENCING. Op. Cit. Ver, especialmente, cap. III, IV e V, para as propostas sugeridas pelo comitê. p. 15-34.

¹⁰¹ Nesse sentido: *"First, retributivism altered its rhetoric away from talk of retribution and towards criminal getting their just deserts. In other words, retributivism no longer spoke of victims or society talking vengeance on the criminal, but instead spoke of the criminal getting what he or she deserved for committing the crime. Second, retributivism received a facelift in the form of much scholarly developed of its concepts and philosophical arguments and justifications. This development helped modernize retributivist thought and moved retributivism away from its archaic image of an 'eye for and eye'*

Quanto às respostas práticas que surgiram com a nova *maré* retributiva, destaca-se a adoção de verdadeiros *guias* para sentenciar (*sentencing guideline systems*¹⁰²), cujo objetivo declarado era reduzir a discricionariedade das decisões¹⁰³.

Referindo-se ao sucesso das propostas do *justo merecimento*, Andrew ASHWORTH aponta para a adoção desses *guias* nos Estados americanos de Oregon e Minnesota, além da exportação dessas ideias para reformas posteriores em legislações na Finlândia, Nova Zelândia e Grã-Bretanha¹⁰⁴.

Se não é arriscado afirmar que a renovação das teses retributivas, no âmbito da filosofia da pena, decorreu da derrocada de um pensamento dependente de comprovação prática, seria possível olhar para a questão como uma tentativa de mover o debate acerca da moralidade da pena para longe do pesado fardo da necessidade de demonstração. Neste sentido,, conclui-se que o caráter intrinsecamente indemonstrável do retributivismo e seus termos abstratos adequam-se ao que Eugenio ZAFFARONI chama, ironicamente, de *mecanismos de fuga*¹⁰⁵.

Contudo, penso que o nível de sofisticação e o relevante espaço de que goza o retributivismo na filosofia da pena contemporânea exigem que seus termos sejam enfrentados e debatidos detidamente.

1.4 UM QUADRO DO RETRIBUTIVISMO

Neste momento, é necessário fornecer um quadro abrangente para, ao menos, aproximar o leitor do que tenho em mente quando falo em retributivismo.

Não busco uma definição do que exatamente significa o retributivismo, pois pretensão como essa, além de fugir do espaço deste trabalho, redundaria em inevitável reducionismo. Isso porque há várias formas que uma teoria justificadora da

punishment. (...) In response to these negative images associated with the term retribution, retributivism scholars have adopted less severe and more egalitarian-sounding rhetoric. The newly chosen motto was 'just deserts' HAIST, Matthew. **Deterrence in a sea of "just deserts":** are utilitarian goals achievable in a world of "limiting retributivism"? p. 789.

¹⁰² ASHWORTH, Andrew. Op. Cit. p. 102. Também: von HIRSCH, Andrew. **Proportionate Sentence:** a desert perspective. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** Readings on theory and policy. p. 115-125.

¹⁰³ ANITUA, Gabriel Ignacio. Op. Cit. p. 807.

¹⁰⁴ ASHWORTH, Andrew. Op. Cit. p. 102. Para uma análise em sentido diverso, desde a criminologia, ver: DIETER, Maurício Stegemann. Op. Cit. p. 83-84.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** A perda de legitimidade do sistema penal. p. 81-83.

pena que seja qualificada como retributiva pode assumir - muitas delas conflitantes entre si¹⁰⁶.

Para se ter uma ideia, John COTTINGHAM¹⁰⁷, já em 1979, identificava 9 variedades de retributivismo. Seu recorrentemente citado artigo, inclusive, terminava com um alerta para os estudiosos no assunto, no sentido de que pensassem exatamente no que queriam dizer quando se referiam à *teoria retributiva da pena*: “*algo já será atingido se alguns autores futuros vissem uma luz vermelha piscando quando fossem tentados a usar a expressão ‘a teoria retributiva da pena’*”¹⁰⁸. Numa revisão do artigo de COTTINGHAM, Nigel WALKER, em 1990, encontrava ainda novos retributivismos¹⁰⁹.

Assim, com BEDAU, é possível dizer que retributivismo é um conceito tão *contestável*, quanto *contestado*:

A ideia de que a retribuição tem um papel na natureza e na prática da pena é um tema comum em abordagens sobre a pena (...). Exatamente qual é esse papel, contudo, seu objetivo e limitações- de fato, o que é a retribuição em si- tem se mantido tão controverso que se torna difícil pensar numa única doutrina retributivista que não tenha sido desafiada ou rejeitada na tarefa de explicar ou defender uma teoria retributiva da pena. Em anos recentes, essa confusão se manteve, lado a lado à crescente popularidade em muitos setores das ideias retributivas...¹¹⁰.

Dessa forma, pretendo, como disse, apenas fornecer um *quadro* das principais ideias adotadas por qualquer teoria retributiva, sem exatamente explorar as especificidades de cada proposta.

¹⁰⁶ Ver as divergências entre Brubaker, Matravers e Metz, por exemplo: Notas 35-37.

¹⁰⁷ COTTINGHAM, John. **Varieties of Retribution**. p. 238-246.

¹⁰⁸ Tradução livre de:

“*But something will have been achieved if some writers in future see a mental red light flashing when they are tempted to use the phrase ‘the retributive theory of punishment’*”. COTTINGHAM, John. Op. Cit. p. 246.

¹⁰⁹ WALKER, Nigel. **Even More Varieties of Retribution**. p. 595-695.

¹¹⁰ Tradução livre de:

“*The idea that retribution, along with prevention of crime and reformation of convicted criminals, plays a role in the nature and practice of punishment is a common theme in accounts of punishment at least since T. H. Green. Exactly what that role is, however, its scope and limitations, its explanation and justification- indeed, what retribution itself is- have continued to be so controversial that it is difficult to think a single retributivist doctrine or thesis that has not been challenged or rejected in the course of explaining or defending a retributivist theory of punishment. In recent years, this confusion has continued alongside the growing popularity in many quarters of retributive ideas, a popular growing owing much to despair over prevention and rehabilitation.*” BEDAU, Adam Hugo. Op. Cit. p. 601.

Outra ressalva importante diz respeito à imediata referência a Immanuel KANT quando se fala em retributivismo. Em trabalho anterior¹¹¹, procurei chamar a atenção para a necessidade de, ao se falar na teoria kantiana da pena, guardar referência às ideias mais gerais do filósofo (especialmente em filosofia moral e política), sob pena de, com a simples leitura das poucas páginas que KANT dedicada à pena¹¹², escapar-se de qualquer sentido do ali contido.

A concepção kantiana da pena, contudo, é, talvez, o mais acirrado objeto de debate atual entre teóricos. Não faltam aqueles que advogam a rejeição do retributivismo pelo próprio KANT¹¹³ ou, ao menos, afirmam que sua teoria é parcial ou limitadamente retributiva¹¹⁴.

Mesmo entre aqueles que mantêm a visão tradicional (isto é, KANT como um retributivista), há controvérsias profundas acerca do que um suposto verdadeiro retributivismo kantiano representaria.

Jane JOHNSON¹¹⁵ afirma que, mais do que expor uma teoria retributiva, a filosofia de KANT aloca a pena como condição de existência da própria justificação do Estado- a pena, nessa leitura, se aproximaria da ideia hegeliana de negação da negação da liberdade civil. Dimitri LANDA¹¹⁶ anda no sentido oposto. Enquanto a referência para a justificativa do Estado se mantém presente (com fundamento no contratualismo kantiano), tal relação deveria conduzir ao questionamento da necessidade de medida tão violadora da liberdade individual como a pena. Eoin O'CONNELL¹¹⁷, por fim, pergunta quão direta é a (sempre apontada) conexão, em KANT, entre o imperativo categórico e o ato punir- a pena decorreria muito mais da necessidade moral de promoção do *bem maior* (tal leitura, inclusive, abre espaços para uma crítica material dessa versão de retributivismo).

¹¹¹ OLCCHANOWSKI, Nikolai. **Uma Reflexão Sobre o Lugar da Retribuição na Justificação da Pena.**

¹¹² Consultar: KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** p. 174-180; 205.

¹¹³ Alvaro Pires, por exemplo, chega a dizer que, caso tivesse levado a fundo os pressupostos de sua própria filosofia moral, Kant jamais apresentaria uma teoria retributiva da pena. PIRES, Alvaro P. Op. Cit.

¹¹⁴ Para uma defesa desse tipo de ideias, ver: SCHEID, Don E. **Kant's retributivism.** p. 262-282; BYRD, Sharon B. **Kant's theory of punishment: Deterrence in its threat, retribution in its execution.** p. 151-200.

¹¹⁵ JOHNSON, Jane. **Revisiting Kantian Retributivism to Construct a Justification of Punishment.** p. 291-307.

¹¹⁶ LANDA, Dimitri. **On the Possibility of Kantian Retributivism.** p. 276-296.

¹¹⁷ O'CONNELL, Eoin. **Kantian Moral Retributivism: Punishment, Suffering, and the Highest Good.** p. 477-495.

Não pretendo entrar nesse debate. Me limitarei a dizer que, não obstante KANT se mantenha como uma referência incontornável para o retributivismo (Ulrich KLUG foi, de fato, apressado em professar seu adeus já em 1968¹¹⁸), é preciso ter em mente que o filósofo forneceu, bem ou mal, uma teoria da pena.¹¹⁹

Assim, mais modestamente, e com vistas a todas essas ressalvas, direi que o retributivismo é a ideia de que a pena se justifica com base no merecimento¹²⁰. Significa isto que, “*para ser um retributivista, deve-se sustentar, ao menos, que a sentença de um ofensor deve ser determinada, em parte, pelo merecimento moral gerado por seu ato*”¹²¹

De maneira geral, isso implicará em três (ou quatro...) postulados bastante amplos, cujos manejo e concepção distinguirão os diversos retributivismos. Acompanho, aqui, o trabalho de Jami ANDERSON¹²², pois o julgo capaz de ir ao encontro da minha pretensão fornecer uma *moldura do retributivismo*, dentro da qual diversas teorias podem ser elaboradas. Esse modelo, importante que se diga, é acompanhado, mesmo que com termos diferentes, por outros autores.

ANDERSON fala em três princípios básicos que qualquer retributivista, obrigatoriamente, deve assumir – cuja conjunção, penso eu, dará formato à ideia de pena como *merecimento* –, além de um quarto, menos inclusivo.

Toda teoria retributiva da pena, assim, terá por base os princípios da (a) *transgressão intencional* (*willful wrongdoing*); (b) da *proporcionalidade*; (c) e da *justiça inerente* (*inherent justice*)¹²³. Uma teoria da pena mais rigorosa, contudo, ainda adotará um quarto princípio, a saber, (d) da *necessidade da pena*:

Qualquer teoria retributiva observa os princípios do WW [*willfull wrongdoing*-transgressão intencional], PP [princípio da proporcionalidade] e IJ [*inherent*

¹¹⁸ KLUG, Ulrich. **Il commiato da Kant e da Hegel**. in: In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. p. 3-9. Ver o que diz, em tom irônico, Stratenwerth: STRATENWERTH, Günther. **¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?** p. 14.

¹¹⁹ Ver o simples e direto artigo de Thom Brooks, em resposta a uma proposta de *teoria kantiana não-retributiva*: BROOKS, Thom. **Kantian Punishment and Retributivism**. p. 237-245.

¹²⁰ HANNA, Nathan. **Retributivism revisited**. 473-484. No mesmo sentido: DUFF, R.A. Op. Cit. p. 126.

¹²¹ Tradução livre de:

“*In order to be a retributivist one must hold at least that the level of an offender’s sentence should be determined, in part, by the moral desert generated by his act.*” ELLIS, Anthony. Op. Cit. p. 226.

¹²² ANDERSON, Jami L. **Reciprocity as a Justification for retributivism**. p. 13-25.

¹²³ Comparar com os termos empregados por Hart e com sua discussão e reformulação por Bedau, respectivamente: HART, H. L. A. **Responsability and Retribution**. In: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 210-237.; BEDAU, Hugo Adam. Op. Cit.

justice- justiça inerente], mesmo que seja para atender outras preocupações, sendo que as versões mais famosas ainda observam o NP [*necessity of punishment*- necessidade da pena]. Me referirei a todos os quatro princípios¹²⁴.

O pano de fundo desses princípios, como bem mostra Wojciech SADURSKI¹²⁵, está na associação entre a justificativa retributiva da pena e teorias da justiça distributiva¹²⁶. Não é sem motivo que uma das mais trabalhadas e discutidas manifestações do *neoretributivismo* se apoia na distribuição dos benefícios e ônus entre os integrantes da sociedade¹²⁷.

Com base nisso, concluo que a teoria de que a pena se justifica com base no *merecimento* do indivíduo decorre da conjunção das ideias de que um indivíduo é *moralmente responsável* por seus atos; de que a imposição intencional de dor *não se justifica*, primordialmente, *pelas consequências* da medida; e de que a pena deve ser *adequada à gravidade da ofensa* perpetrada. Ainda, e por fim, a concepção que se dê a esses princípios ensejará ou não a *necessidade moral de aplicar a pena*.

TI (*transgressão intencional*), assim, na linguagem do retributivismo, exige que a pena só seja imposta àqueles que agiram intencionalmente mal. Significa dizer

¹²⁴ Tradução livre de:

“Any theory of retributivism holds WW, PP and IJ even if it is intended to address other concerns, and the most famous versions hold NP as well. I shall be referring to all four principles”. ANDERSON, Jami L. Op. Cit. p. 15.

¹²⁵ SADURSKI, Wojciech. **Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality**. p. 351-373. Recentemente, essa ligação entre filosofia da pena e teoria da justiça produziu uma interessante vertente comunitarista da pena. Para uma boa análise desse movimento, ver, do mesmo Sadurski: SADURSKI, Wojciech. **Book review**. Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice. p. 221-234. Para exemplos de uma defesa dessa ideia comunitarista, sob dois vieses diversos: LACEY, Nicola. Op. Cit.; HAMPTON, Jean. Op. Cit.

¹²⁶ Gargarella fornece uma leitura mais específica, desde uma análise das mudanças na obra de Duff. Nessa leitura, a relação que se apresenta mais evidente é entre preocupações da democracia deliberativa, pena e injustiças sociais. Para referências importantes: DUFF, R. A. **Punishment, communication, and community**. Oxford: Oxford University Press, 2001; GARGARELLA, Roberto. **Penal Coercion in Contexts of Social Injustice**. p. 21-38; Há versão em espanhol, ligeiramente diferente: GARGARELLA, Roberto. **Injusticia penal, justicia social**. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **El castigo penal en sociedades desiguales**. p. 119- 142.

¹²⁷ Me refiro à proposta inicialmente apresentada por Herbert Morris, em: MORRIS, Herbert. **Persons and punishment**. p. 475 – 501. A teoria de Morris foi e é constantemente reformulada, discutida e rejeitada. A noção básica, contudo, parece manter-se a mesma. Para formulações mais atuais, ver, a título de exemplo: CORLETT, Angelo. Op. Cit.; BRADLEY, Gerard V. Op. Cit.; BERMAN, Mitchell N. Op. Cit.

que só se pode reprovar um ato quando praticado de *livre vontade* – só há responsabilidade por atos *voluntários*¹²⁸.

Com o PP (princípio da proporcionalidade) se aponta na direção de que, de alguma forma, a pena deve ser adequada à gravidade do crime. Seguindo HIRSCH, autor cuja maior preocupação diz respeito, justamente, à proporcionalidade das penas¹²⁹, o que o princípio da proporcionalidade demanda é que encontre um meio de unir dois predicados, quais sejam, a seriedade da ofensa com a severidade da pena¹³⁰.

JI (*justiça inerente*), por sua vez, nega que quaisquer benefícios ocasionados pela aplicação da pena, por si só, sejam capazes justificá-la. Importante que se tenha em mente, mesmo para evitar cair no *debate vulgar* e seguir o alerta de CLARKE¹³¹, que esse princípio em nada impede que um retributivista recorra ou mesmo dependa de consequências para formar seu argumento. Com Angelo CORLETT¹³², creio que a posição de Michael MOORE, para quem só é retributivista aquele que crê que a pena se justifica porque *e somente porque* o ofensor a mereceu¹³³, é antes uma forma específica de retributivismo que sua característica geral.

Por último, NP (*necessidade da pena*) é o que caracteriza um *modelo severo de retribuição*¹³⁴. Esse princípio será adotado conforme a coloração que se dê aos três princípios (obrigatórios) anteriores. Dito de outra forma, um retributivista tomará a pena não apenas por justificada pelo *merecimento*, como *obrigatória*, a depender da argumentação moral que apresente. Adotar esse último princípio, conforme MOORE, torna *injusta não punir* um ofensor¹³⁵.

¹²⁸ Para evitar qualquer confusão, ressalvo que essa *intenção* nada tem a ver com *dolo*, pertinente à dogmática penal. Nenhum retributivista negará a possibilidade de responsabilizar um indivíduo por atos negligentes. Há, aqui, a pressuposição (filosófica) de liberdade.

¹²⁹ Nesse sentido, ver o significativo artigo: von HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment: From “Why Punish?” to “How Much?”**. p. 259-290.

¹³⁰ von HIRSCH, Andrew. **Seriousness, Severity and the Living Standard**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 143-147.

¹³¹ CLARKE, Dean H.. Op. Cit.

¹³² CORLETT, Angelo. Op. Cit.

¹³³ MOORE, Michael S. **The moral worth of retribution**. in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 110-114.

¹³⁴ ANDERSON, Jami L.. Op. Cit. p. 14.

¹³⁵ MOORE Michael S. Op. Cit. p. 110.

2 RETRIBUTIVISMO E *PLEA BARGAINING*

2.1 A FILOSOFIA DA PENA NO MUNDO DOS ACORDOS PENAI

Como demonstrei, a ideia que a pena deve se justificar pelo merecimento individual, ideia esta que, grosso modo, caracteriza o retributivismo, é atualmente dominante na literatura que trabalha com as justificativas da pena. Neste momento, quero discutir como a noção de pena determinada pelo merecimento convive com práticas de justiça negocial, a princípio, completamente alheias a essa abordagem.

Ao justificar seu excelente estudo comparativo sobre as influências e manifestações das práticas de *plea bargaining*, Máximo LANGER inicia por apontar para o argumento de que o sistema jurídico americano passou, a partir de um determinado momento histórico, a ser um dos mais influentes no mundo:

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, e particularmente após o fim da Guerra Fria, é possível defender que o sistema jurídico americano se tornou o mais influente sistema jurídico no mundo. Influências americanas nos sistemas jurídicos de outras nações têm variado desde influências gerais sobre concepções do Direito (...) até influências sobre áreas específicas; desde educação jurídica (...) e da estrutura da profissão jurídica (...) até a reforma do judiciário; desde doutrinas ou instrumentos jurídicos específicos (...) até arranjos institucionais, como a separação de poderes e o controle de constitucionalidade. Essas inegáveis influências americanas sobre outros sistemas jurídicos levaram alguns estudiosos, tanto nos Estados Unidos como no estrangeiro, a afirmar que um número significativo de sistemas jurídicos, em nível nacional e internacional, pode começar a parecer ou imitar o sistema jurídico americano, tornando-se assim “americanizado”. Outros estudiosos, reconhecendo a predominante influência do sistema jurídico americano, ficaram a poucos passos de afirmar que essa influência americana estaria de fato recriando a prática jurídica americana em jurisdições não americanas¹³⁶.

¹³⁶ Tradução livre de:

“Since the end of the Second World War, and particular following the end of the Cold War, the American legal system arguably has become the most influential legal system in the world. American influences on the legal system of other nations have ranged from general influences on jurisprudential approaches to law (...) to influences on specific legal areas (...); from legal education (...) and the structure of the legal profession (...) to the reform of the judiciary; from specific legal doctrines or legal tools (...) to institutional arrangements such as the separations of powers and judicial review. These undeniable American influences on other legal systems have led a number of commentators, both in the United States and abroad, to announce that a substantial number of legal systems, both at the national and the international levels, may gradually come to resemble or mimic the American legal system and thus become “Americanized”. Other commentators, while acknowledging the predominant influence of the American legal system, have stopped short of asserting that American influence is actually recreating American legal practice in non-American jurisdictions”. LANGER, Máximo. **From Legal Transplants to**

LANGER, após, passa um bom tempo a demonstrar que essa tese da “americanização” dos sistemas jurídicos ao redor do mundo deve ser tomada com muita cautela, sob pena de ignorar as inúmeras vicissitudes que estão presentes nas influências recíprocas entre tradições jurídicas diversas¹³⁷. No entanto, realmente não parece ser possível negar que, aproximando-me ao objeto dessa pesquisa, a compreensão de processo penal da forma como realizada nos Estados Unidos tem exercido uma influência muito forte em sistemas jurídicos muito distintos entre si.

Da pesquisa do próprio LANGER, vê-se que Argentina, Itália, Alemanha e França explicitamente tomam o modelo da *plea bargaining* americana como inspiração para implantarem formas de negociação entre acusação e defesa. Recentemente, Rússia, Japão e Hong Kong também aderiram à tendência, contribuindo para o reforço da tese de “mundialização da *plea bargaining*”¹³⁸.

Nesse contexto, tomei com muita surpresa a percepção de que estudos que comparam essa tendência expansiva mundial das práticas de negociação penal com o que se entende como uma justificativa moral da pena e, de forma mais concreta, dos sistemas de justiça criminal, existem em número extremamente limitado.

Justamente por esse motivo elegi a análise das justificativas das práticas de *plea bargaining* e seu cotejo com as justificativas da pena e dos sistemas de justiça criminal como fio condutor deste trabalho. Pareceu-me uma questão central pensar como se pode compreender uma justificativa da pena que, hoje, tende preferencialmente para o retributivismo, dentro de um quadro em que os espaços de negociação entre acusação e defesa se encontram em evidente expansão.

Se, como visto, **Fair and Certain Punishment**¹³⁹ e **Doing Justice**¹⁴⁰ deram o tom da discussão penalógica a partir da década de 1970, não pode ser tomado como irrelevante o fato de que foram produzidas dentro de um país cujos casos criminais

Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. p.1-3.

¹³⁷ LANGER, Máximo. Op. Cit. p. 29-35.

¹³⁸ SOLOMON JR., Peter H. **Plea Bargaining Russian Style**. p. 282-299; CHENG, Kevin Kwok-yin. **Public Approval of Plea Bargaining in Hong Kong: The Effects of Offender Characteristics**; PRASKASH, Priyanka. **To plea or not to plea: the benefits of establishing an institutionalized plea bargaining system in Japan**.

¹³⁹ TWENTIETH CENTURY FUND TASK FORCE ON CRIMINAL SENTENCING. **Fair and certain punishment**.

¹⁴⁰ von HIRSCH, Andrew. **Doing Justice: The choice of punishments**. In: JACOBY, Joseph E. **Classics of Criminology**. p. 373-380.

são resolvidos, em assustadora maioria¹⁴¹, por meio de acordos – e não pela determinação judicial da pena merecida.

Como pensar, portanto, a ideia de que a pena se justifica pelo merecimento dentro de um contexto em que a habilidade e a motivação em negociar, a experiência dos atores envolvidos e arranjos institucionais específicos¹⁴² têm relevância muito mais proeminente do que a conjunção dos predicados da seriedade da ofensa com a severidade da pena¹⁴³?

Pretendo nesse capítulo esmiuçar as consequências dos três (ou quatro) princípios adotados pelo retributivismo, comparando-as com as características e implicações mais marcantes das práticas de *plea bargaining*. Penso que essa comparação é relevante por si mesma, ao menos para apontar para o significado moral da negociação entre acusação e defesa. Para além disso, de toda sorte, creio que esse esforço ajuda a orientar os argumentos que pretendo apresentar no próximo capítulo, o qual tratará das diferentes tentativas de justificar a *plea bargaining*.

Ainda, caso não tenha sido suficientemente convincente no capítulo anterior quanto à relevância em se levar a sério a tentativa retributivista de se justificar a pena, adianto que o cotejo que nesse momento realizo não é pertinente apenas ao retributivismo. Tomarei como marco fundamental talvez o autor mais consistente da linha preventiva, Herbert HART¹⁴⁴, para mostrar como conceitos como a responsabilidade individual e proporcionalidade da pena não podem ficar de fora de quaisquer sistemas penais que se pretendam justificáveis.

2.2 NEGOCIAÇÃO E PRINCÍPIO DA TRANSGRESSÃO INTENCIONAL

Como visto, o princípio da transgressão intencional integra o que se pode chamar de núcleo duro do retributivismo. Traz consigo a ideia de que apenas atos praticados livremente podem ser condenados ou elogiados. Há aqui um acento muito

¹⁴¹ Conforme Stephanos Bibas, com base em dados divulgados pelo Departamento de Justiça americano, em 2004 a porcentagem de casos criminais cuja resolução não se deu por júri (mas sim acordos ou *nolo contendere*, portanto) passou de 95%. Caso se limite a casos decididos por cortes federais, a porcentagem atinge 96,4% para o ano de 2009. BIBAS, Stephanos. **Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection**. p. 1119

¹⁴² Nesse ponto, ver: PADGETT, John F. **The Emergent Organization of Plea Bargaining**. p. 753-800

¹⁴³ von HIRSCH, Andrew. **Seriousness, Severity and the Living Standard**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 143-147.

¹⁴⁴ HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law.

impactante da ideia de responsabilidade individual ou, para usar um termo de significado carregado, da ideia de culpabilidade.

A primeira e mais fundamental implicação desta ideia é a exigência de uma teoria da liberdade, cuja inspiração mais relevante parece estar na teoria kantiana. Daí porque a descrição elaborada por Alvaro PIRES¹⁴⁵ da teoria da pena de KANT inclui um *princípio da vontade livre e racional (príncipe de la volonté libre e rationelle)*, cujo conteúdo se mostra análogo ao do princípio de transgressão intencional, por mim referido.

Dois problemas práticos surgem. Em primeiro lugar, ao se apostar numa teoria da liberdade, se afirma que indivíduos possuem liberdade de ação em geral, mas não se afirma que esses indivíduos possuem liberdade de ação em todos os momentos. Em segundo lugar, essa teoria da liberdade toma o indivíduo abstratamente. Para indivíduos tomados concretamente, contudo, é possível que não se verifique a possibilidade de condenar ou elogiar uma conduta. Entram aqui as noções de exculpantes penais e de indivíduos considerados inimputáveis¹⁴⁶.

Para me utilizar de expressões de Richard LIPPKE¹⁴⁷, o princípio da transgressão intencional exige que, para castigar, seja possível afirmar que o indivíduo era capaz de orientar moralmente sua conduta e que, na situação concreta, haveriam opções razoáveis de ação¹⁴⁸.

Em princípio não haveria qualquer colisão entre essas exigências e as práticas de negociação. Ao contrário, como discutirei em capítulo futuro, uma das condições fundamentais da validade dos acordos é justamente sua voluntariedade. Alan WERTHEIMER chega a afirmar que, ao afirmarem a validade de acordos penais, cortes seriam mesmo obrigadas a fornecer uma teoria da liberdade individual¹⁴⁹.

¹⁴⁵ PIRES, Alvaro P.. **Kant face à la justice criminelle**. Cap. 4, p. 145-205. in: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro P.. **Histoire de savoir sur le crime e la peine**. Tome II: La rationalité et la naissance de la criminologie. p. 27

¹⁴⁶ Para excelentes trabalhos filosóficos sobre os aspectos moralmente relevantes das excusas penais, ver: BARON, Marcia. **Excuses, excuses**. p. 21-39; HORDER, Jeremy. **Excuses in law and in morality**: a response to Marcia. p. 41-47; HART, H. L. A. **Legal Responsibility and Excuses**. in: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 28-53.

¹⁴⁷ LIPPKE, Richard L. **Retributivism and plea bargaining**. p. 4

¹⁴⁸ Há ainda o problema de existirem condições *materiais* de culpabilidade, isto é, a uma sociedade com um nível de justiça distributiva mínimo, na qual condenações e elogios sejam possíveis. Sobre: GARGARELLA, Roberto. **Injusticia penal, justicia social**. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **El castigo penal em sociedades desiguales**. p. 119- 142; GARGARELLA, Roberto. **Penal Coercion in Contexts of Social Injustice**. p. 21-38.

¹⁴⁹ WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court**. p. 205.

Umas das justificativas muito interessantes para as práticas de *plea bargaining*, discutidas no próximo capítulo, outrossim, é a ideia de que haveria uma valorização da participação do acusado no procedimento criminal, de modo que sua autonomia individual não seria apenas preservada, mas promovida.

Contudo, uma consequência implícita muito importante da adoção do princípio da transgressão intencional não está diretamente relacionada com a exclusão de atos não intencionais. Refiro-me a separação muito clara entre inocente e culpados. Ora, se é tomado como dado que indivíduos são capazes de agir livremente e, por conta dito, seus atos podem ser condenados ou elogiados, é evidente que será necessário um mecanismo eficiente de distinção entre atos condenáveis e atos não condenáveis. Isto é, verificadas as condições para julgar indivíduos como moralmente responsáveis, torna-se imperioso distinguir com precisão os indivíduos para os quais o tratamento aflitivo representado pela pena seria justificado.

Richard LIPPKE, nesse ponto, é muito claro, tratando do tema sob o nome de *princípio da separação precisa (principle of accurate sorting)*:

Assuma-se, assim, que as condições sociais de uma cidadania responsável sejam atendidas, que a lei criminal proíbe uma parcela apropriada de condutas e que ela se utiliza de sanções que sejam proporcionais à gravidade da ofensa. Eu afirmo que o retributivismo nos faria desenhar um sistema de justiça criminal de acordo com quatro princípios orientadores. Em primeiro lugar, há o Princípio da Separação Precisa. De acordo com esse princípio, nós devemos construir o sistema de justiça criminal para razoavelmente assegurar que ele não apenas separe os culpados dos inocentes e inflija sanções legais apenas aos primeiros, mas também condene indivíduos pelos crimes que eles efetivamente cometeram. Os fundamentos desse princípio são óbvios, ao menos desde qualquer perspectiva da justificativa da pena legal que tome como premissa tratar cidadãos de acordo com seu merecimento. Um sistema de justiça criminal anda muito mal, desde uma perspectiva retributiva, se ele sistematicamente pune o inocente ou se ele sistematicamente pune os culpados, mas não pelos crimes que eles cometeram¹⁵⁰.

¹⁵⁰. Tradução livre de:

“Assume, then, that the social conditions of responsible citizenship are satisfied, the criminal law prohibits an appropriate range of conduct, and utilizes sanctions that are proportional to the gravity of the offense. I contend that retributivism would have us devise a criminal justice system in accordance to four guiding principles. First, there is the Principle of Accurate Sorting. According to this principle, we should set up the criminal justice system to reasonably ensure that it not only separates the guilty from the innocent and inflicts legal sanctions only on the former, but convicts individuals of the crime that they actually committed. The grounds for this principle are obvious, at least for any approach to the justification of legal punishment that is premised on treating citizens according to their deserts. A criminal justice system goes badly wrong, from a retributive perspective, if it systematically punishes the innocent or if it systematically punishes the guilty though not for the crimes that committed”. LIPPKE, Richard L. Op. Cit. p. 5

Duas grandes consequências do princípio da separação precisa, portanto: a) apenas culpados devem ser punidos; b) culpados devem ser punidos em razão dos crimes que efetivamente cometeram.

Pode ser contestado que, tanto a separação entre inocentes e culpados, quanto a necessidade de se punir apenas em razão dos crimes efetivamente cometidos não são consequências da adoção de uma perspectiva retributiva, mas consequências lógicas de uma adequada concepção de pena. Trata-se do que David BOONIN chama de *parada definicional* (*definitional stop*). Em resumo, essa objeção diria que só haveria *pena* nos casos em se inflige dor a um culpado, pelo ato que ele cometeu¹⁵¹. Nos demais casos, não se poderia falar em pena, mas em mera infligência de dor por parte do Estado.

Lembro, contudo, que defini pena como *imposição intencional e autorizada de sofrimento ou dor a um indivíduo, em razão de um ato (suposto ou real) que tenha ofendido uma regra prevista por um sistema legal*. De acordo com essa definição, casos em que o inocente é punido ou em que um culpado é punido por um crime diverso daquele que cometeu também seriam considerados pena. Creio que aceitar a *parada definicional* significa confundir uma concepção/definição adequada de pena com aquilo que a justifica moralmente.

De toda sorte, importa questionar que tipo de relações podem ser estabelecidas entre as implicações da adoção do princípio da separação precisa e um sistema de justiça criminal em que as práticas de *plea bargaining* são aceitas e cotidianas.

Tanto em *North Carolina vs. Alford*, como em *Brady vs. Us*, ao afirmar a compatibilidade da *plea bargaining* com a Constituição americana, a Suprema Corte americana expressamente afirmou que essas práticas seriam reputadas inconstitucionais caso tivessem por efeito induzir inocentes a se declararem culpados (*to plead guilty*)¹⁵².

¹⁵¹ BOONIN, David. **The problem of punishment**. 42-44.

¹⁵² Ver: <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/case.html>>> (*North Carolina vs. Alford*); <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>> (*Brady vs. Us*). As implicações morais dessa opinião da Corte são discutidas em: WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 232-233

Em ambas as ocasiões, a Corte negou que os acordos teriam esses efeitos. Apenas alguns anos após essas decisões, a mesma preocupação foi ressaltada em *Bordenkirchner vs. Hayes*¹⁵³, caso em que Corte afirmou que seria muito improvável que um inocente seja, por conta da possibilidade da realização de um acordo, levado a se autocondenar.

Entretanto, a mera menção a essa possibilidade pela Corte já demonstra que a possibilidade de inocentes se declarem culpados indica ser esta uma preocupação relevante para pensar a *plea bargaining*.

Por qual razão imaginável um inocente se declararia culpado, sendo que a ele sempre seria garantido um direito ao processo judicial amplo, em que seu caso, a princípio, seria avaliado com muito mais detenção? Em sua defesa da *plea bargaining* Richard POSNER se utiliza de seu característico tom ácido para afirmar que qualquer parte, seja acusação ou defesa, não optaria por acordar caso sua situação não melhorasse com o acordo:

Se um acordo não melhorasse a situação de ambas as partes de um caso penal em comparação a ir a julgamento, uma ou a outra invocaria seu direito ao julgamento; portanto, o acusado penalmente se vê compensado por renunciar às garantias a que ele teria direito em juízo¹⁵⁴.

POSNER, como se vê, não está preocupado com a diferenciação entre inocentes e culpados. Em verdade, é exatamente o argumento de que acusados, com a *plea bargaining*, não receberiam a pena que merecem que mais irrita o autor. POSNER deixa muito que criticar as práticas de negociação penal através de argumentos morais é fugir da própria lógica dessas práticas¹⁵⁵.

A ideia de que a *plea bargaining* se justifica com base na situação das partes será melhor analisada no próximo capítulo. Desde logo, no entanto, é preciso ter em mente que ela encaixa no grupo de justificativas que está alheia à justiça da decisão

¹⁵³ Ver: <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/case.html>>> (*Bordenkirchner vs. Hayes*).

¹⁵⁴. Tradução livre de:

“Si un arreglo no mejorara la situación de ambas partes de un caso penal en relación con la que se tendría si se fueran al juicio, una o la otra invocaría su derecho a un juicio; por lo tanto, el acusado penal se ve compensado por renunciar a las salvaguardas procesales a las que tendría derecho en un juicio”. POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. p. 872

¹⁵⁵ POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 872-877.

penal, para usar a terminologia de Fred ZACHARIAS¹⁵⁶ ou, no dizer de Albert ALSCHULER¹⁵⁷, não se estaria falando mais em razões penalógicas, mas de meras resoluções de disputas.

Admito que esse grupo de teorias é dotado de força argumentativa muito forte, a ponto de, hoje, poder ser tomado como dominante para justificar a *plea bargaining*. É imprescindível ter em mente, contudo, que, para acatar seus argumentos, é necessário denegar qualquer carga aos princípios que tomamos como basilares na justificação da pena.

Como visto, não foi esse o raciocínio adotado pela Suprema Corte Americana, ao menos na década de 1970, quando a *plea bargaining* foi reportada constitucional e, em termos penalógicos, ainda era relevante a ideia de correção ou ressocialização.

Sem aceitar as implicações da teoria posneriana, portanto, que tipo de situação levaria um inocente a aceitar um acordo que, em tese, o prejudicaria?

WERTHEIMER, nesse ponto, sugere duas hipóteses interessantes:

Vimos que a Corte admite que a *plea bargaining* seria condenável se induzisse acusados inocentes a se declararem culpados, mas argumenta que ela não apresenta esse efeito. Agora, se o conjunto probatório contra acusados inocentes tende a ser mais fraco do que o conjunto probatório contra acusados culpados, e se conjuntos probatórios fracos tendem a produzir diferenças (*sentence-differentials*) na sentença mais acentuadas, acusados que se sabem inocentes podem muito bem estar sob mais pressão para se declararem culpados do que acusados culpados. Ademais, um acusado inocente pode se declarar falsamente culpado porque ele erroneamente acredita ser culpado¹⁵⁸.

A primeira hipótese diz respeito à carga probatória exigida para que o promotor consiga um acordo, ao passo que a segunda diz respeito ao tipo de conhecimento, fático e jurídico, que o acusado concretamente possui.

¹⁵⁶ ZACHARIAS, Fred. C. **Justice in Plea Bargaining**. p. 1120-1189.

¹⁵⁷ ALSCHULER, Albert. **The Changing Plea Bargaining Debate**. p. 652-730

¹⁵⁸ Tradução livre de:

“We have seen that the Court concedes that plea bargaining would be wrong if it induced innocent defendants to plea guilty, but argues that it does not have this effects. Now if the evidence against innocent defendants tends to be weaker than the evidence against guilty defendants, and if weak evidence tends to produce greater sentence-differentials, defendants who know themselves to be innocent may well be under pressure to plead guilty than guilty defendants. In addition, an innocent defendant can falsely plea guilty because he mistakenly believes himself to be guilty” WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 232-233.

A primeira ideia é relativamente simples. Se um promotor tem diante de si um caso em que há fortes evidências do cometimento de um crime e não parece haver empecilhos para levar o caso a julgamento, os incentivos para que o promotor ofereça o acordo ficam bastante reduzidos. Logo, a tendência é que o promotor não aceite reduzir a pena em quantidade significativa, tampouco deixe de oferecer muitas denúncias. Diante de um caso em que o conjunto probatório é fraco ou há algum empecilho para levar o caso a julgamento, ao contrário, a tendência é oferecer reduções de pena bastante significativas ou aceitar deixar de oferecer denúncias. Nesse caso, dado que inocentes, geralmente teriam contra si um conjunto probatório fraco, o incentivo para que se declarem culpados é ampliado.

Quanto ao conhecimento do acusado, trata-se de um problema empírico. Para pensar a realidade brasileira, a quantidade de acusados que terá acesso às circunstâncias fáticas e jurídicas que seriam determinantes para sua condenação ou absolvição parece insignificante. Nesse tipo de situação, a possibilidade de engano é muito grande e, diante de uma oferta aparentemente benéfica, não é surpreendente que o acusado aceite a proposta do promotor.

Se a lógica de WERTHEIMER parece ser razoável, é preciso perguntar se ela se verificaria na prática. Inocentes, de fato, se declarariam culpados diante de uma oferta do promotor? Trata-se, aqui, do chamado *problema da inocência* (*innocence problem*¹⁵⁹).

Conforme Douglas SAVITSKY¹⁶⁰, que se apoia em modelos de escolha racional, um dos fatores que mais influenciam na decisão de aceitar ou não um acordo penal está na aversão ao risco. Essa aversão fica definida como a probabilidade percebida de que o julgamento chegue à decisão correta, sendo que acusados avessos ao risco esperariam sentenças mais graves do que acusados não avessos ao risco¹⁶¹. Nessa concepção, o fato de um sujeito aceitar ou não o acordo tem muito pouca pertinência à base probatória de que se mune o promotor ou da efetiva culpa/inocência do acusado. Depende muito mais de percepções subjetivas das probabilidades sobre o que ocorrerá em juízo: “*ao analisar se deve ou não negociar,*

¹⁵⁹ Sobre o problema da inocência, conferir: GAZAL-AYAL, Oren. **Partial ban on Plea Bargains**. p. 101-118; LEIPOLD, Andrew D. **How the pretrial process contributes to wrongful convictions**. p. 1123-1165; GAZAL-AYAL, Oren; TOR, Avishalom. **The Innocence Effect**. p. 338-401.

¹⁶⁰ SAVITSKY, Douglas. **Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system**. p. 131-167.

¹⁶¹ SAVITSKY, Douglas. Op. Cit. p. 146

o ponto de vista do acusado sobre a confiabilidade da Corte, bem como seu cálculo de custos e benefícios, são antes subjetivos do que objetivos”¹⁶².

O que é interessante é que, com base em estudos econômicos como o promovido por KOBAYASHI e LOTT JR.¹⁶³ (os quais, curiosamente, oferecem uma defesa das práticas de *plea bargaining* sob o ponto de vista de custos aos acusados), SAVITSKY aponta que inocentes são muito mais avessos aos riscos do processo do que culpados. Dessa forma, em princípio, ao criar a possibilidade de acordos, a instituição da *plea bargaining* estaria incentivando inocentes a se declararem culpados e a se submeterem a penas, em clara afronta aos princípios da transgressão intencional e da separação precisa.

Há forte base empírica para demonstrar como essas hipóteses não estão longe da realidade¹⁶⁴.

Embora não seja fundado na mesma teoria da escolha racional com que trabalham SAVITSKY, KOBAYASHI e LOTT JR, penso ser inevitável me referir a um surpreendente estudo experimental, cujas conclusões são alarmantes.

Refiro-me ao estudo promovido por Lucian DERVAN e Vanessa EDKINS¹⁶⁵. Após apresentarem como o problema da inocência tem dividido opiniões entre estudiosos da *plea bargaining*, os autores apontam para alguns estudos empíricos, que tentam fornecer bases de análise mais sólidas para afirmar ou infirmar a suposição de que inocentes, dentro de um mundo onde os negócios penais existem, tendem a se declarar culpados.

A maioria dos estudos referidos diz respeito a análises psicológicas, cuja metodologia é criticada por falhar na representação de uma situação de um acusado diante de um promotor. Um bom exemplo está no chamado *Gregory Study*¹⁶⁶, muito referido por autores que pretendem refutar o problema da inocência.

Neste estudo, um grupo de alunos foi orientado a se imaginarem inocentes ou culpados de um assalto. Apresentadas algumas provas contra eles e, após, foi

¹⁶² Tradução livre de:

“In calculating whether to plea bargain, a defendant’s view of courts’ reliability, as well as his calculation of costs and benefits, is subjective rather than objective.”

¹⁶³ KOBAYASHI, Bruce. H; LOTT JR, John. **In Defence of Criminal Defense Expenditures and Plea Bargaining.**

¹⁶⁴ Contra essa afirmação, ver: GAZAL-AYAL, Oren; TOR, Avishalom. Op. Cit.

¹⁶⁵ DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. **The innocent defendant’s dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining’s innocence problem.**

¹⁶⁶ A descrição completa do estudo está em: GREGORY, Larry W.; MOWEN, John C.; LINDER, Darwyn E. **Social Psychology and Plea Bargaining: Applications, Methodology, and Theory.** p. 1521-1530

perguntado se eles decidiriam por aceitar um acordo ofertado por um promotor ou se insistiriam no julgamento por júri.

Aqueles alunos que se imaginaram como culpados apresentaram chances muito maiores de aceitar um acordo (83% dos “culpados”) do que aqueles que se imaginaram como inocentes (18% dos alunos “inocentes”). No entanto, *“como foi demonstrado em estudos de psicologia social por décadas, o que as pessoas dizem que fariam em uma situação hipotética e o que elas realmente fariam são coisas muito diferentes entre si”*¹⁶⁷.

Como proposta para contornar esse grave problema metodológico, EDKINS e DERVAN elaboraram um experimento em que os alunos não apenas deveriam imaginar que estavam em uma situação análoga àquela usualmente apresentada ao acusado, como a vivenciavam¹⁶⁸.

Alunos integrantes de uma mesma comunidade universitária foram, através de um edital, chamados a participar voluntariamente de um estudo que, pretensamente, compararia a capacidade de resolução de problemas em grupo e individualmente. Cada aluno participante recebia um horário separado para participar do estudo e, quando chegava ao local do teste, encontrava um assistente dos pesquisadores, o qual, porém, se apresentava como aluno

A dupla de alunos, o verdadeiro e o falso, eram encaminhados a uma sala, onde encontravam um assistente dos pesquisadores. Esse assistente informava a dupla acerca de como ocorreria o teste. Num primeiro momento, a dupla ficaria sozinha na sala, com a tarefa de resolver três problemas de lógica, em equipe. Num segundo momento, seriam entregues mais três problemas de lógica, os quais deveriam ser resolvidos individualmente¹⁶⁹.

Em metade dos casos, o aluno falso, durante o tempo determinado para a resolução dos testes individuais, abordaria o aluno verdadeiro com a seguinte questão: “qual você marcou na número 2?”. Caso o voluntário não respondesse, o assistente disfarçado diria: “acho que é a ‘D’, porque [motivo relacionado ao teste em

¹⁶⁷ Tradução livre de:

“As has been shown in social psychological studies for decades, what people say that they will do in a hypothetical situation and what they would do in reality are two very different thing”. DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. p. 24.

¹⁶⁸ Para a descrição do estudo e de seus resultados: DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. p. 28-48

¹⁶⁹ O assistente deveria expressamente afirmar, para a dupla de alunos: “Agora eu lhes entregarei problemas individuais. Lembrem-se de que vocês devem trabalhar sozinho. Vocês terão 15 minutos para completar esses testes”.

questão]”. Os voluntários que fizeram parte desse grupo, no qual houve a abordagem do aluno falso, foram classificados como “culpados”, por terem violados as instruções expressas da prova.

Na outra metade dos casos, o aluno falso não abordaria o voluntário. A dupla, portanto, se comportaria como determinado pelo assistente. Os voluntários que fizeram parte desse grupo foram classificados como “inocentes”, por não terem violado as instruções expressas da prova.

Finalizados os testes, o assistente que aplicou a prova, o qual não tinha conhecimento de que alunos eram “inocentes” e quais eram “culpados” (a fim de que seu comportamento fosse o mesmo para com os dois grupos), recolhia as provas e pedia aos alunos que aguardassem alguns minutos, enquanto as provas eram corrigidas.

O aplicador, passados esses minutos (aproximadamente 5), voltava à sala e anunciava que houvera um problema na aplicação da prova. Anunciava, ainda, que teria que conversar com cada estudante individualmente. Chamava, primeiro o aluno falso, com quem deixava a sala por novos aproximados 5 minutos.

Após, retornava sozinho, se aproximava do aluno (verdadeiro) e anunciava:

Você e o outro aluno obtiveram a mesma resposta errada na segunda e na terceira questões individuais. As chances de ambos apresentarem a mesma resposta *errada* é muito reduzida – na verdade, é menor do 4% – razão pela qual, quando isso ocorre, somos obrigados a reportar a situação à professora responsável e ela pode considerar isso como uma forma de desonestidade acadêmica¹⁷⁰.

A demonstração do *porquê* o examinador saberia que o aluno teria colado, ou seja, as escassas chances de ambos os alunos cometerem o mesmo erro¹⁷¹ tinha como objetivo simular a apresentação de um conjunto probatório ao aluno acusado, tal qual um promotor geralmente faz diante de um verdadeiro acusado.

¹⁷⁰. Tradução livre de:

“You and the other student had the same wrong answer on the second and third individual questions. The chances of you both getting the exact same wrong answer are really small – in fact they are like less than 4% – because of this, when this occurs, we are required to report it to the professor in charge and she may consider this a form of academic dishonesty”. DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. p. 30

¹⁷¹ A segunda e terceira questões do teste individual, ademais, não tinham resposta correta, de modo que os alunos acusados não poderiam argumentar que obtiveram a resposta certa

O examinador, então, diria ao aluno que aquela situação já havia ocorrido anteriormente e que haveria duas formas de resolvê-la. A primeira simulava um acordo penal. O aluno poderia admitir a que “roubara” na prova. Em troca, abriria mão dos benefícios da participação voluntária no estudo, como o registro de créditos de horas extracurriculares, como exigido na maioria dos cursos de graduação. A segunda simulava um julgamento por júri. O examinador explicava que, caso o aluno rejeitasse a proposta, o assunto seria levado a um conselho acadêmico, que decidiria pela culpa ou inocência do aluno.

O examinador informava que o conselho geralmente decidia pela culpa dos alunos em 80 a 90% dos casos (esse número foi tomado das estatísticas de condenação por júri nos EUA). Para metade dos alunos, o examinador dizia que, caso “condenados” pelo conselho, o aluno perderia os benefícios da participação no estudo, seu supervisor acadêmico seria notificado e seria obrigatória a participação do aluno em um curso de ética de três horas semanais, ao longo de um semestre. Esse grupo receberia uma “sentença pesada”. Para a outra metade dos alunos, as informações fornecidas foram as mesmas, à exceção da duração do curso de ética, que duraria apenas 3 sessões de 3 horas. Esse grupo receberia uma “sentença leve”.

O examinador, então, fornecia um formulário, em que o aluno deveria apontar qual a opção tomada, isto é, se aceitava o acordo e resolvia a questão ali mesmo ou se insistiria no julgamento pelo conselho acadêmico acerca de sua culpa.

Os resultados do estudo são surpreendentes, e jogam luz sobre o problema da inocência. Dos alunos do grupo dos “culpados” (aqueles em que o falso aluno interagira quando proibido), apenas 10,8% rejeitaram o acordo, ao passo que 89,2% o aceitaram. Esses resultados, ao que parece, não chocam. Inclusive, tomados isoladamente, serviriam de argumento a favor da *plea bargainig* – pense-se no tempo perdido pelo conselho acadêmico para julgar questões tão triviais.

O que realmente impacta é a porcentagem de alunos “inocentes” que acatou a proposta. Registrou-se que 43,6% desses alunos insistiram em “ir a júri”, ao passo que 56,4%, mesmo sabendo-se inocentes, aceitaram o acordo¹⁷².

Esses são relevantes por vários motivos. Em primeiro lugar, mostram como a distinção entre inocência e culpa é relativizada quando ela entra como elemento passível de ser negociado. Em segundo lugar, por fornecer alguma base empírica

¹⁷² DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. p. 34.

para o argumento comum de que a *plea bargaining* incentiva a condenação de inocentes. Ora, é evidente que nenhum sistema judicial está livre da condenação de inocentes. Quando o percentual de inocentes que aceitaria se assumir culpado ultrapassa 50%, contudo, passa-se de uma injustiça incidental para uma injustiça sistêmica, para usar os termos de Kenneth KIPNIS¹⁷³. Em terceiro, como visto, a própria Suprema Corte americana apontou que, caso ficasse evidenciado que a *plea bargaining* incentivasse a condenação de inocentes, ela deveria ser reputada inconstitucional.

Pouco precisa ser dito sobre a falta de definitividade do estudo de EDKINS e DERVAN. Trata-se de uma simulação, em que jamais todos os aspectos relevantes de uma negociação penal real serão efetivamente capturados. Um problema facilmente identificável está, por exemplo, na diferença de incentivo conferido aos alunos e a acusados inocentes. Os primeiros, caso se declarassem culpados, apenas perderiam os benefícios da participação no estudo. Os acusados, de sua parte, considerado o grau de estigmatização social conferida a condenados criminalmente, estariam diante de uma situação muito pior, mesmo que consigam evitar o cárcere. Por outro lado, é possível argumentar que, dadas as consequências mais leves, os alunos teriam mais chances de bem avaliar suas opções, já que estariam diante de uma situação de pressão muito menor.

De toda sorte, o que busquei indicar é a necessidade de se pensar a relação entre as práticas de negociação e a relevância da distinção entre culpados e inocentes. Como afirmei, essa distinção é fundamental para a própria configuração de uma concepção de pena. Todas as teorias justificatórias da pena buscam, de uma forma ou de outra, tornar justo tratamento aflictivo conferido aos cidadãos dados como culpados, tratamento este que seria inaceitável se praticado diante de um inocente. Uma prática que fosse capaz de trivializar, ainda que não absolutamente, essa distinção, não seria apenas moralmente questionável, mas retiraria o próprio sentido da pretensão de justificar a atuação da justiça criminal.

As práticas de *plea bargaining* não se adequam com facilidade ao princípio da transgressão intencional, o que é motivo suficiente para, ao menos, suspeitar de sua moralidade.

¹⁷³ KIPNIS, Kenneth. **Criminal Justice and the negotiated plea**. p. 105.

2.3 NEGOCIAÇÃO E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Se um não desprezível esforço argumentativo foi necessário para demonstrar as razões pelas quais haveriam pontos de atrito entre o princípio da transgressão intencional e as práticas de *plea bargaining*, os pontos de atrito entre essas práticas e o princípio da proporcionalidade me parecem mais intuitivos.

A ideia de proporcionalidade foi definida como adequação da pena à gravidade da ofensa praticada. Conforme a boa afirmação de HIRSCH, o que o se pretende ao falar em proporcionalidade dentro da justificação da pena é unir a seriedade da ofensa à severidade da pena aplicada¹⁷⁴. O contrário, isto é, uma pena que é desproporcional ao merecido pelo ofensor, vai de encontro aos objetivos do próprio sistema penal¹⁷⁵.

Como adiantei, embora seja muito facilmente alocada dentro quadro desenhado para o retributivismo, qualquer teoria da pena que se pretenda justa parece pender a aceitar a ideia de proporcionalidade.

A filosofia de Herbert HART, quem considero o autor da mais consistente tentativa de justificar a pena através de uma racionalidade utilitarista ou preventiva, é bastante ilustrativa dessa afirmação. Após apontar para a distinção da justificação geral de uma prática e sua aplicação concreta, HART afirma que a sua justificação para a pena é preventiva, no sentido de maximizar a liberdade humana, mas, em sua aplicação (ou distribuição), incorpora sentidos de justiça próximos ao retributivismo¹⁷⁶. Esses sentidos de justiça, seguindo a mesma lógica das causas exculpantes, se fariam presentes na ideia de culpabilidade (que apontaria para a distinção entre culpados e inocentes) e de proporcionalidade (que indicaria a forma e quantidade de pena).

A incorporação de um sentido retributivo de proporcionalidade¹⁷⁷ em uma teoria com fortes cores benthamianas como a de HART mostra quão fundamental a

¹⁷⁴ von HIRSCH, Andrew. **Seriousness, Severity and the Living Standard**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 143-147.

¹⁷⁵ DUFF, R. A. **Punishment, communication, and community**. p. 142.

¹⁷⁶ HART, Herbert L. A. **Prolegomenon to the principles of Punishment**. In: HART, Herbert. **Punishment and Responsibility**. p. 8-13

¹⁷⁷ Em um sentido muito mais forte do que em John Rawls, por exemplo, cujas acepções de culpabilidade e proporcionalidade apenas se fazem presentes porque aumentariam a felicidade "*in the long run*". Ver: RAWLS, John. **Two concepts of rules**. In: ACTON, Harry Burrows (ed.). **Philosophy of Punishment**. p. 105-114.

noção se mostra para a filosofia da pena. A reformulação pela qual ela passa para se adequar à teoria de HART é também significativa: da ideia que a pena se adequa (*to match*) ao crime através do parâmetro da gravidade da ofensa moral, passa-se ao parâmetro do dano causado pela ofensa.

Em que sentido essa ideia, seja na formulação moralizada do retributivismo, seja na reformulação de HART, se adequa a práticas de *plea bargaining*?

A não ser que direcione as justificativas da *plea bargaining* para um papel corretivo da legislação penal ou processual penal, isto é, que se justifique os negócios penais pela crença (ou demonstração) de que eles apresentam resultados mais condizentes com a proporcionalidade do que os resultados obtidos através dos julgamentos criminais ordinários, a liberdade para negociar não condiz com a ideia de proporcionalidade.

Essa afirmação decorre de um raciocínio simples. Kenneth KIPNIS¹⁷⁸ oferece a distinção entre uma injustiça “aberracional” e uma injustiça sistêmica. A primeira decorre de um desvio incidental na atuação do sistema de justiça criminal. Assim, em termos retributivos, haveria injustiça no caso de um criminoso que, por alguma falha na persecução penal, deixa de receber a pena merecida. O mesmo tipo de injustiça seria verificado na situação em que um criminoso é efetivamente punido, mas com uma pena menor ou de natureza mais branda daquela que era merecida. De outra parte, o inocente que é punido por conta do poder de convencimento do promotor para com os jurados ou em razão da falha técnica de uma prova pericial determinante também exemplifica uma injustiça “aberracional”.

Esse tipo de injustiça seria tolerável, pelo simples fato de que erros humanos são inevitáveis, embora tudo deve ser direcionado para evitá-los. A injustiça sistêmica, ao contrário, é intolerável. Ela é produto da organização estrutural de instituições humanas, as quais, como visto, caso não respondam a princípios moralmente aceitos, devem ser alteradas¹⁷⁹.

Conforme KIPNIS:

Em contraste, situações de injustiça sistêmica são aquelas que resultam de falhas estruturais no próprio sistema de justiça criminal. Aqui, resultados incorretos nas operações do sistema não são resultado de erro humano.

¹⁷⁸ KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 102-105.

¹⁷⁹ RAWLS, John. **A theory of justice**. Revised edition. p. 3.

Antes, o próprio não é bem desenvolvido para evitar injustiças. O que seriam consideradas situações aberracionais de injustiça em um sistema regular não são aberracionais em um sistema irregular: elas são o resultado padrão¹⁸⁰.

Embora pense ser muito questionável a possibilidade de se distinguir entre injustiças aberracionais e sistêmicas quando se fala no funcionamento empírico de um sistema de justiça criminal¹⁸¹, mantendo a lógica de KIPNIS, é possível ver por qual razão as injustiças produzidas pela *plea bargaining* não seriam consideradas aberracionais, mas sistêmicas.

Se, como visto, as práticas de *plea bargaining* possivelmente afrontariam a necessária distinção entre culpados e inocentes, elas *certamente* afrontam a proporcionalidade. A ofensa à proporcionalidade é um resultado padrão da *plea bargaining*.

Michael GORR é capaz de, em poucas linhas, explicar a razão dessa conclusão (embora dela, ultimamente, discorde):

O problema posto pela *plea bargaining*, contudo, é de que ela é uma prática que, por sua própria natureza, garante que esse princípio [o de que culpados devem receber a pena de acordo com o merecimento] seja violado, já que (ao menos na maior parte dos casos) a pessoa que aceita o acordo é culpada pelo crime mais sério, pelo qual ela foi originalmente acusada, ou é factualmente inocente de qualquer ofensa. No primeiro caso, ela receberá uma pena que é substancialmente menor do que a merecida, enquanto no segundo, ela receberá uma pena que é substancialmente maior do que a merecida. Em qualquer dos casos, os objetivos retributivos do direito criminal seriam debilitados pelo que Kipnis chama de injustiça “sistêmica”, injustiça esta que é o resultado padrão do funcionamento do nosso atual sistema¹⁸².

¹⁸⁰ Tradução livre de:

“In contrast, instances of systemic injustice are those that result from structural flaws in the criminal justice system itself. Here incorrect outcomes in the operations of the system are not the result of human error. Rather, the system itself is not well calculated to avoid injustice. What would be instances of aberrational injustice in a sound system are not aberrations in an unsound system: they are a standard result.” KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 103.

¹⁸¹ Tendo a concordar com Ferrajoli, embora questione o porquê deste autor manter sua crença na possibilidade de formulação democrática de um sistema de administração de pena, em sua afirmação a história das penas e dos sistemas de justiça criminal é mais alarmante do que a história dos delitos. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. p. 385.

¹⁸² Tradução livre de:

“The problem posed by plea bargaining, however, is that it is a practice which by its very nature insures that this principle will be violated since (in most cases at least) the person who accepts the plea bargain is either factually guilty of the more serious crime with which he was originally charged or he is innocent of any wrongdoing. In the former, he will receive a punishment that is substantially less than he deserves, while in the latter, he will receive a punishment that is substantially greater than he deserves. Either way, the retributive aims of the criminal law are undermined by what Kipnis calls “systemic” injustice,

O argumento se mantém caso se substitua a ideia de que o acusado deve receber a pena que merece pela ideia de que o acusado deve receber a pena que melhor previne crimes. A não ser que se admita que há erro na legislação quando esta prevê uma escala de gravidade de ofensas e de penas, a *plea bargainig*, mesmo sob uma ótica preventiva, afronta o princípio da proporcionalidade.

O fundamento do problema está no chamado *sentence differential*. Seguindo o raciocínio de Albert ALSCHULER¹⁸³, afirmo que o *sentence differential* se liga à própria definição de *plea bargaining*. Acusados aceitam abrir mão de seu direito de ir a júri (ou da totalidade das garantias processuais penais oferecidas por determinado ordenamento jurídico) em razão da convicção de que serão tratados de forma mais leniente do que se condenados através de um processo ordinário. Esse tratamento mais leniente se dá em relação aos condenados por ofensas com características semelhantes. A diferença no tratamento entre os condenados via *plea bargaining* e os condenados via processo ordinário é o que se chama de *sentence differential*.

Após apontar para estudos empíricos destinados a demonstrar a existência e o alcance do *sentence differential* (que chega, a título de exemplo, nos processos criminais realizados na cidade de Nova Iorque, a 136%), ALSCHULER indica o dilema que defensores da *plea bargaining* inevitavelmente devem enfrentar:

A ausência de algum *sentence differential* apontaria para a tendência de que promotores indolentes não estariam negociando o interesse público a fim de assegurar penas adequadas aos ofensores, mas levantaria a possibilidade de que promotores estariam protegendo esse interesse público apenas por negar aos acusados seus direitos. (...) A não ser que defensores da *plea bargaining* argumentem que acusados devem ser enganados, eles aparentemente devem defender a afirmação de que a declaração de culpa (*plea*) desses acusados deve fazer alguma diferença em suas sentenças. Defender a negociação da culpa como uma política de sentença pode parecer difícil, entretanto. Uma das marcas de um sistema de justiça justo é a

injustice which is a standard outcome of the workings of our present system". GORR, Michael. **The morality of plea bargaining**. p. 131

¹⁸³ ALSCHULER, Albert. **The Changing Plea Bargaining Debate**. p. 652-657

minimização do efeito de escolhas táticas sobre os resultados dos seus processos. Em casos criminais, a extensão da pena de um ofensor deve se referir primordialmente ao que ele fez e, talvez, às suas características pessoais, ao invés de se referir a uma decisão pós-crime ou pós-prisão de exercer ou não exercer uma opção procedimental. Como questão inicial, soa injusta a situação em que dois acusados virtualmente iguais que cometeram crimes virtualmente idênticos, sendo que um recebe uma sentença mais severa do que o outro porque exerceu seu direito ao júri¹⁸⁴.

Parece realmente inescapável aos defensores das práticas de *plea bargaining* aceitar que haja desproporção entre a seriedade da ofensa e a gravidade da pena. Haveria, nesse caso, exclusão ou, ao menos, um grave enfraquecimento do princípio da proporcionalidade.

Conforme relatarei no próximo capítulo, diversas razões podem ser elencadas para justificar esse sacrifício do princípio da proporcionalidade. Antony DUFF¹⁸⁵, no fundo um retributivista (ainda que bastante crítico das formas assumidas pelos diferentes sistemas penais), oferece uma forma coerente de se manter o princípio da proporcionalidade mesmo em casos em que se verifique desproporção aparente entre a pena merecida e a seriedade da ofensa. Utiliza a ideia de que o princípio da proporcionalidade é categórico, mas derrotável (apenas) negativamente¹⁸⁶, desde uma ideia substantiva da proporcionalidade. A noção exige apreender o significado da ofensa para ofensor e vítima, em um processo comunicativo, a partir do qual a pena

¹⁸⁴ Tradução livre de:

"The absence of any sentence differential would tend to establish that lazy prosecutors were not bargaining away the public interest in securing adequate punishment for offenders, but it would raise the possibility that prosecutors were protecting this public interest only by defrauding defendants of their right. (...) Unless the advocates of plea bargaining contend that defendants should be misled, they apparently must defend the proposition that these defendant's pleas should make some difference in their sentences. Defending plea negotiation as a sentencing policy might seem difficult, however. One mark of a just legal system is that it minimizes the effect of tactical choices upon the outcome of its processes. In criminal cases, the extent of an offender's punishment ought to turn primarily upon what he did and, perhaps, upon his personal characteristics rather than upon a postcrime, postarrest decision to exercise or not to exercise some procedural option. As an initial matter, it seems unjust that when two virtually identical defendants have committed virtually identical crimes, one should receive a more severe sentence than the other only because he has exercised his right to trial". ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 657-658.

¹⁸⁵ DUFF, R. A. Op. Cit. p. 132-143

¹⁸⁶ Este limite negativo defendido por Duff basicamente significa que não se aceita penas mais graves do que o merecido, mas, em circunstâncias determinadas, penas mais lenientes do que as determináveis *a priori* seriam compatíveis com os princípios do retributivismo. Duff, aqui, parece muito em dívida com teóricos dos chamados retributivismo negativo e limitativo. Para o primeiro, ver: MACKIE, J. L. **Morality and the Retributive Emotions**. Para o segundo, ver: von HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles**.

efetivamente merecida pode variar mesmo para crimes e ofensores virtualmente idênticos, para utilizar a expressão de ALSCHULER¹⁸⁷.

A solução de DUFF passa não por um afastamento da ideia de proporcionalidade, mas em seu aprofundamento. Torna imprescindível a detida análise do que significou a ofensa para os sujeitos envolvidos. Essa análise detida não é o que caracteriza as práticas de *plea bargaining*. A proposta de DUFF, ademais, indica outro ponto de atrito entre essas práticas e os princípios retributivos, ponto esse que analiso já no próximo tópico.

Por ora, contudo, de uma forma ou de outra, posso afirmar com segurança que a *plea bargaining* não se adequa a um sistema de justiça criminal que seja desenhado de acordo com os princípios elencados pelo retributivismo.

2.4 NEGOCIAÇÃO E PRINCÍPIO DA JUSTIÇA INERENTE

Afirmo que, ao lado dos princípios da transgressão intencional e da proporcionalidade, o princípio da justiça inerente formaria o núcleo duro do retributivismo. Esse princípio rejeita a ideia de que os benefícios ocasionados pela aplicação da pena possam, isoladamente, justificá-la. Alerto, ainda, que é simplesmente errado afirmar que um retributivista rejeitará a auferição de benefícios práticos pela pena ou, mesmo, que esses benefícios sirvam de reforço para a justificação. Se certamente há versões de retributivismos com essas características¹⁸⁸, basta consultar a lista elaborada por John COTTINGHAM para perceber que não se tratam de características gerais¹⁸⁹.

O que o princípio da justiça inerente indica, por via transversa, é que a pena se justifica primordialmente pelo merecimento individual. Algumas das mais sofisticadas tentativas teóricas de explicitar essa afirmação estão alocadas na chamada vertente comunicativa do retributivismo¹⁹⁰, a qual aponta que a pena deve

¹⁸⁷ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 657-658

¹⁸⁸ A se destacar: MOORE, Michael S. **The moral worth of retribution**. in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 110-114.

¹⁸⁹ COTTINGHAM, John. **Varieties of Retribution**. p. 238-246

¹⁹⁰ Como visto, destacam-se nessa vertente Hampton, Duff e Feinberg. HAMPTON, Jean. **The Moral Education Theory of Punishment**. p. 208-238; DUFF, R. A. **Trials and Punishments**; FEINBERG, Joel. **The expressive function of punishment**. p. 397-423.

ser tomada como um processo comunicativo (ou expressivo¹⁹¹) de censura pela ofensa cometida.

Como bem percebe LIPPKE, entretanto, a ideia de que a pena deve expressar uma censura oficial (ao contrário da exclusão de quaisquer benefícios da aplicação da pena) não é limitada à vertente comunicativa, mas uma característica do próprio retributivismo. O que a vertente comunicativa parece realizar é, percebendo essa característica do retributivismo, desenvolver suas potencialidades valorativas. Assim é na relação de reafirmação de poder por parte da vítima na concepção de Jean HAMPTON¹⁹², como também na tomada do processo comunicativo para a apreensão do significado da ofensa como valor em si, em Antony DUFF¹⁹³.

LIPPKE fala, assim, em um princípio da censura (*principle of censure*)¹⁹⁴, isto é, na ideia de que a censura (ou a condenação moral) da conduta criminosa deve ser a principal mensagem comunicada pelo sistema de justiça criminal¹⁹⁵. Evidentemente, para seja expressada censura em relação ao ofensor, este deve ser tomado como um agente moral, isto é, dotado de responsabilidade moral – a relação, portanto, entre o princípio da justiça inerente, da censura e da transgressão intencional é extremamente forte.

Como quer ALSCHULER, uma “*das marcas de um sistema de justiça justo é a minimização do efeito de escolhas táticas sobre os resultados dos seus processos*”¹⁹⁶. A referência, como visto acima, servia para discutir o afastamento provocado pelas práticas de *plea bargaining* da pena merecida, da pena proporcional à gravidade da ofensa. O que o raciocínio de ALSCHULER apresenta de fundo, no

¹⁹¹ Conforme Duff, em crítica a Joel Feinberg, a ideia de processo “expressivo” da pena é limitada, já que expressar indicaria um sujeito que expressa uma ideia e um sujeito que a recebe. Na ideia de Duff, a qual realmente é mais interessante, a pena deve ser compreendida como um processo recíproco, em que o ofensor é tomado como agente cujas expressões também devem ser levadas em conta. DUFF, R. A. **Punishment, communication, and community**. p. 79-80.

¹⁹² HAMPTON, Jean. Op. Cit. A ideia é também discutida em: DOLINKO, David. **Some thoughts about retributivism**. p. 549-559.

¹⁹³ DUFF, R. A. Op. Cit.

¹⁹⁴ LIPPKE, Richard L. Op. Cit. p. 5

¹⁹⁵ Vale ressaltar que a ideia de censura como mensagem principal do tratamento conferido ao ofensor não é exclusiva do retributivismo. Um dos expoentes teóricos da justiça restaurativa (longe de ser isento de críticas) pensa a vergonha pelo ato praticado sem o tratamento afilitivo da pena. Ver: BRAITHWAITE, John. **Crime, Shame and Reintegration**. Discutindo a relação entre pena, justiça restaurativa e censura: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**.

¹⁹⁶ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 657. Tradução minha. No original: “*One mark of a just legal system is that it minimizes the effect of tactical choices upon the outcome of its processes.*”

entanto, parece ser a mensagem que é passada ao condenado que negocia sua pena com um promotor.

ALSCHULER¹⁹⁷ oferece um exemplo interessante para discutir a questão. Imagine-se uma proposta da parte do empregador para seus empregados, em que o aumento salarial seria condicionado parcialmente ao desempenho e parcialmente no resultado de um jogo qualquer que envolva habilidade e sorte – uma partida de banco imobiliário, talvez. Assumindo como ausentes quaisquer elementos coercitivos, qual a razoabilidade da proposta? É claro que, caso vença, o empregado não verá problemas em aceitar o aumento salarial. Mesmo assim, talvez retenha alguma percepção de que a televisão nova que adquiriu não tenha sido realmente *merecida*. Caso perca, essa percepção será realçada, certamente em relação ao sortudo colega de emprego que o convida para assistir a um filme em sua televisão recém adquirida.

A questão central, aqui, não está na lógica interna da proposta, que pode ter sido aceita e, inclusive, emendada por parte dos empregados. O problema está no fato de que, comumente, tendemos a pensar que um aumento salarial deve ser pautado no *merecimento*, e não em jogos de habilidade e sorte. Fazer o salário depender de um jogo é injusto, assim como fazer depender a pena imposta ao acusado de uma negociação:

E mais ou menos pelas mesmas razões pelas quais um jogo de damas ou xadrez é um método inerentemente injusto para alocar salário, a *plea bargaining* é um método inerentemente injusto de alocar penas criminais. A negociação penal (*plea negotiation*), também, é um jogo que guarda pouca relação com qualquer objetivo apropriado ao processo do qual ela faz parte¹⁹⁸.

Outro exemplo, este imaginado por KIPNIS¹⁹⁹, é ainda mais ilustrativo do problema. KIPNIS, assim como ALSCHULER, insere um elemento negocial ou tático em um contexto em que a ideia de merecimento se mostra prevalecente. Imagine-se

¹⁹⁷ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 669.

¹⁹⁸. Tradução livre de:

“And for more or less the same reasons that a game of chess or checkers is and inherently unfair method of allocating salaries, plea bargaining is an inherently unfair method of allocating criminal punishment. Plea negotiation, too, is a game that bears little relationship to any proper objective of the process of which it is a part”. ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 669

¹⁹⁹ KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 104-105.

que um professor pede um trabalho para atribuir a nota final de sua disciplina. Quando os alunos entregam os trabalhos, o professor imediatamente percebe que será obrigado a despendar muito tempo para a correção, tempo que, em seu julgamento, poderia ser melhor empregado, digamos, brincando com seus filhos, preparando as aulas do próximo semestre ou redigindo um artigo científico.

Diante desse quadro, o professor faz uma proposta aos seus alunos. Aos alunos que optarem pela correção do trabalho, o professor utilizará os mesmos critérios a que os alunos já estão acostumados. Critério esses, os alunos bem sabem, que são extremamente rígidos. Na verdade, o mais provável é que a maioria dos alunos não receba notas acima do mínimo para a aprovação. Contudo, aos alunos é oferecida uma segunda opção: aqueles que aceitarem abrir mão da correção aprofundada, que seria acompanhada de observações, críticas e direcionamentos ao trabalho, o professor aplicará uma nota acima do mínimo. Esses alunos receberão nota 8,0, digamos.

Não é difícil imaginar que a maioria dos alunos aceitaria a proposta. Todos eles estão, justificadamente, preocupados com seu rendimento acadêmico, querem logo desfrutar de suas férias sem a preocupação da nota pendente e, ao menos para boa porção dos alunos, tirar uma nota acima de 8,0 seria virtualmente impossível. Todos, aparentemente, saem ganhando. O professor tem mais tempo para se dedicar a outras atividades, ao passo que os alunos podem mesmo se gabar de uma nota 8,0 em uma das disciplinas mais difíceis do currículo.

Qual o problema posto pela situação? Novamente, o elemento negociado está fora de lugar. Notas não devem ser determinadas por negociação ou por decisões táticas, mas pelo desempenho individual dos alunos. Como acertadamente afirma Flavio Antônio da CRUZ, discutindo o mesmo exemplo de KIPNIS, a objeção está no afastamento da proposta dos princípios que devem orientar um sistema educacional, já que a *“prova é um instrumento para a avaliação do conhecimento dos alunos e, não apenas isso, também um instrumento para avaliação da qualidade das aulas, didática do professor, para obtenção de algum feedback”*²⁰⁰.

A comparação com as práticas de *plea bargaining* não poderia ser mais oportuna:

²⁰⁰ da CRUZ, Flavio Antônio. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades.** p. 208.

O que torna tudo isso risível é o que torna a *plea bargaining* ultrajante. Pois notas, como penas, devem ser merecidas. A justiça na retribuição, como a justiça na correção, não exige que o resultado final seja aceitável para as partes. Argumentar que, já que as partes estão satisfeitas com a barganha, ela deve ser mantida é estar seriamente confuso. Pois barganhas estão fora de lugar em contextos em que pessoas devem receber aquilo que merecem. E tribunais americanos, assim como salas de aula americanas, são contextos desse tipo²⁰¹.

O raciocínio, mais uma vez, não se limita ao retributivismo como justificção da pena. Como sustenta HART, ainda que se rejeite o merecimento da pena como justificativa geral da prática de apenar, ele estará presente no momento da distribuição da pena²⁰².

A inserção de um elemento determinante sobre a culpa ou inocência de um indivíduo que não diga respeito ao seu merecimento individual faz com que as práticas de *plea bargaining* colidam frontalmente com o princípio da censura, na forma como desenhado por LIPPKE.

A preocupação, no caso, sequer está na forma como o negócio elaborado, mas na expressão de sentido que os negócios penais trazem consigo. Não há responsabilização moral pelo ato praticado ou, para usar um termo mais específico, não há censura moral – ao menos não como mensagem principal do ato de punir.

Justamente por isso, é muito mais viável pensar a *plea bargaining* como uma negociação como qualquer outra do que em um procedimento do qual poderá resultar uma imposição de dor intencional ao indivíduo por parte do Estado. Daí porque teorias como a de Frank EASTERBROOK²⁰³ ou de Richard POSNER²⁰⁴, autores que retiram o foco de argumentos morais para ler os negócios penais através da racionalidade econômica, são capazes de aprofundar o debate acerca de que tipo de negociação

²⁰¹ Tradução livre de:

“What makes all of this laughable is what makes plea bargaining outrageous. For grades, like punishments, should be deserved. Justice in retribution, like justice in grading, does not require that the end result be acceptable to the parties. To reason that because parties are satisfied the bargain should stand is to be seriously confused. For bargains are out of place in contexts where persons are to receive what they deserve. And the American courtroom, like the American classroom, should be such a context”. KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p.105.

²⁰² HART, H. L. A. **Responsability and Retribution**. In: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 210-237; HART, Herbert L. A. **Prolegomenon to the principles of Punishment**. In: HART, Herbert. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 4-13

²⁰³ EASTERBROOK, Frank H. **Plea Bargaining as Compromise**. p. 1969-1978

²⁰⁴ POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 872-877

traz mais benefícios ou qual o nível ótimo de informações que cada parte deve dispor. Aceito que a determinação da culpa ou da inocência, bem como qual o nível de responsabilidade penal dos indivíduos, nada têm a ver com o merecimento, não há alternativa a essa lógica econômica.

O que deve ficar claro é que, caso se procure manter a condenação criminal como uma forma de expressão comunitária de censura, não há espaço para práticas como a *plea bargaining*.

Como aponta LIPPKE:

As consequências legais de um crime se tornam um complexo jogo de ameaças, ofertas, contra-ofertas, blefes e dominação. (...) A *plea bargaining* parece reforçar a percepção de que a pena é simplesmente um preço que o direito emite pela conduta proibida – e um preço sujeito a negociação –, antes de ser uma justificada expressão da desaprovação moral de tal conduta por parte da comunidade²⁰⁵.

A ausência de sentido moral relevante na condenação atingida por meio da *plea bargaining* é talvez mais perceptível na chamada *Alford plea*, cuja denominação deriva do caso *North Carolina v. Alford*, julgado pela Suprema Corte americana. Nesse caso, o acusado aceitou o acordo proposto pela promotoria, manteve, contudo, a afirmação de que não cometera o crime pelo qual era acusado.

A *Alford plea*, ou seja, a declaração de culpa em que, paradoxalmente, o acusado continua a se dizer inocente, se tornou tão comum na realidade americana, que chegou a fomentar um debate moral próprio²⁰⁶.

Na descrição fornecida por Da CRUZ:

Cuida-se de uma situação estranha: o acusado afirma sua inocência e, apesar disso, confessa um crime que alega não ter cometido, apenas por

²⁰⁵ Tradução livre de:

“The legal consequences of crime become a complex game of threats, offers, counteroffers, bluffing, and one-upmanship. (...) *Plea bargaining* would seem to reinforce the perception that punishment is simply a price that the law exacts for prohibited conduct – and one subject to negotiation – rather than a justified expression of the community’s moral disapproval of such a conduct”. LIPPKE, Richard L. Op. Cit. p. 9.

²⁰⁶ Ver, especialmente, a polêmica entre Albert Alschuler e Stephanos Bibas sobre o significado moral da *Alford plea*: BIBAS, Stephanos. **Bringing Moral Values into a Flawed Plea-Bargaining System**. p. 1425-1432; ALSCHULER, Albert. **Straining at Gnats and Swallowing Camels: The Selective Morality of Professor Bibas**. p. 1412- 1424

conta do receio de uma eventual condenação. É como se dissesse “sou inocente. Mas, como não confio que o sistema reconhecerá isso, confesso um crime que não cometi e celebro acordo”.²⁰⁷

ALSCHULER chega a afirmar que, quando o acusado diz “não fiz isso, mas aceito o acordo”²⁰⁸, qualquer sentido da declaração de culpa é retirado. O que a *Alford plea* representa, nesse contexto, é apenas um aprofundamento do atrito entre as práticas de *plea bargaining* em geral e o princípio da justiça inerente.

Isso não significa que práticas de negociação não possam ter relação com essa mensagem de censura. O próprio DUFF²⁰⁹, por exemplo, não só admite, como toma a negociação como um aspecto central do processo comunicativo que vislumbra na aplicação da pena. Ocorre que esta negociação girará em torno do significado da ofensa e da reparação devida, e envolverá ofensor e vítima (ou, em determinados casos, a comunidade organizada). O escopo principal desse tipo de negociação, contudo, estará na apreensão de responsabilidade pelo ato praticado, algo completamente alheio ao tipo de negociação promovido pelas práticas de *plea bargaining*.

O que DUFF pensa, em verdade, é próximo em significado normativo do proposto pela interação entre vítima, ofensor e comunidade na forma como imaginada por teóricos da justiça restaurativa. Essa interação também é centrada na apreensão de significado, pelos sujeitos diretamente envolvidos, dos atos praticados²¹⁰.

No fundo, como afirma Christopher SLOBOGIN²¹¹, ao se afastarem das ideias de merecimento, responsabilidade, censura e, como visto, proporcionalidade, as práticas de *plea bargaining* se mostram intrinsecamente incompatíveis com os princípios morais do retributivismo²¹².

²⁰⁷ da CRUZ, Flavio Antônio. Op. Cit. p. 171.

²⁰⁸ Tradução livre de:

“A defendant who says, ‘I didn’t do it, but I want to take the deal’, delivers the message of a legal system that has deprived guilty pleas of their meaning.” ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 1424.

²⁰⁹ DUFF, R. A. Op. Cit. p. 158-167

²¹⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Op. Cit. p. 136-152

²¹¹ SLOBOGIN, Christopher. **Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism.** p. 1505-1547

²¹² Evidentemente, é possível e mesmo necessário fazer uma crítica externa ao retributivismo. Talvez aquela que o afete mais profundamente é a concepção de uma teoria da justiça que exclua a ideia de merecimento individual como elemento moralmente relevante. Aceitas as premissas do retributivismo, contudo, as práticas de *plea bargaining* se mostram dificilmente justificáveis.

2.5 NEGOCIAÇÃO E PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DA PENA

Como afirmei, o princípio da necessidade da pena não pode ser tomado como característica geral do retributivismo. É, antes, uma característica pensada por algumas versões do retributivismo, aquelas a que Jami ANDERSON qualifica de rigorosas²¹³. A formulação contemporânea desse princípio é talvez mais verificável na obra de Michael MOORE²¹⁴.

De toda sorte, exatamente por não ser alavancável a princípio geral do retributivismo, o princípio da necessidade da pena é aquele que menos implicações interessantes traz para pensar as práticas de *plea bargaining*. Um retributivista pode simplesmente negar a validade do princípio da necessidade da pena, de modo que, caso a *plea bargaining* estivesse em conflito com seu conteúdo, o retributivista não veria maiores problemas.

Quando se trata de negociação da pena, seja em seu aspecto qualitativo (como a troca da pena de prisão por penas alternativas ou mesmo a discussão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade) ou quantitativo (quantidade de tempo de reclusão ou valor de uma pena pecuniária), não enxergo qualquer incompatibilidade com o princípio da necessidade da pena. Afinal, o que o princípio exigiria é a punição de todos aqueles que, comprovadamente, cometem crimes. A exigência de que essa punição de alguma maneira se adeque à gravidade da ofensa recai sob o princípio da proporcionalidade, cujos problemas com a *plea bargaining* já apontei.

Ocorre que a negociação da pena não é a única modalidade imaginável de *plea bargaining*. De fato, ao menos tão verificável na realidade americana quanto a chamada *sentence bargaining* é a *charge bargaining*, situação na qual, em troca da declaração de culpa ou do fornecimento de informações relevantes pelo acusado, o promotor oferece (declarada ou tacitamente) deixar de oferecer denúncia (ou desistir das ações penais já propostas) por um ou mais crimes²¹⁵.

²¹³ ANDERSON, Jami L. **Reciprocity as a Justification for retributivism**. p. 15.

²¹⁴ MOORE, Michael S. **The moral worth of retribution**. in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. p. 110-114.

²¹⁵ LIPPKE, Richard L. Op. Cit. p. 3.

Há aqui relação direta com a compreensão que se dá à ação penal, isto é, se ela deve ser regida por um princípio da obrigatoriedade ou da oportunidade. Embora o tema seja bastante interessante, especialmente para a realidade jurídica brasileira, na qual a ideia de obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública é tomada como uma regra há muito assentada, não é esta minha preocupação neste trabalho.

Como ponto de contato direto entre a *plea bargaining*, mesmo em sua versão de *charge bargaining*, e o princípio da obrigatoriedade da pena, o fato é que um defensor dessas negociações poderia justificar que, não sendo faticamente possível punir todos os ofensores (por falta de provas, por desconfiança na decisão do júri, por falta de recursos para a investigação e o processamento, etc.), a *plea bargaining* possibilitaria a aplicação de alguma pena ao ofensor. A alternativa, nesse caso, seria a impunidade.

O argumento tem peso, especialmente se aceitarmos a sugestão de LIPPKE de que um retributivista (aparentemente mesmo que rejeite a necessidade da pena) adotaria um princípio do alcance (*principle of scope*). A expressão prática desse princípio orientaria o retributivista a tomar como moralmente melhor um mundo em que culpados são punidos do que um mundo em que culpados não são punidos²¹⁶.

Esse princípio do alcance não pode ser tomado isoladamente, contudo. Como argumentei, a primeira e mais importante implicação moral do retributivismo e, em verdade, de qualquer teoria da pena que se leve a sério, é a distinção entre inocentes e culpados. A segunda, derivada da mesma ideia geral, isto é, da noção de transgressão intencional, é a de que, determinados os culpados, eles devem ser punidos pelos crimes que cometeram.

Unindo-se essas duas implicações ao discutido quanto ao princípio da proporcionalidade, não é difícil perceber que um retributivista tomaria como moralmente melhor um mundo em que vários culpados não são punidos, mas os punidos o são pelos crimes que cometem, ao passo que os inocentes, exceto em situações aberracionais, não são punidos.

Embora LIPPKE discuta essa ideia, sua conclusão é, no mínimo, reticente. Para LIPPKE, não seria possível, em princípio estabelecer uma prevalência do princípio da separação precisa (entre inocentes e culpados) e da proporcionalidade sobre o princípio do alcance²¹⁷. Se levado a fundo o discutido anteriormente, contudo,

²¹⁶ LIPPKE, Richard L. Op. Cit. p. 6.

²¹⁷ LIPPKE, Richard L. Op. Cit. p. 10-15.

essa prevalência não só pode ser afirmada, como pareceria evidente a um retributivista.

E, afirmada essa prevalência, o peso moral da punição de culpados, com penas não adequadas à gravidade da ofensa, não raro por ofensas diversas das cometidas (*charge bargaining*) e sem a censura moral necessária, é fundamentalmente esvaziado.

3 PLEA BARGAINING E SUAS JUSTIFICAÇÕES

3.1 “O TRIUNFO DA PLEA BARGAINING”

Os acordos penais, resultantes das práticas de *plea bargaining*, estão longe de atingir, no âmbito do imaginário cultural sobre o sistema de justiça criminal americano, a relevância da qual gozam na atuação prática desse sistema. De fato, produções como romances, filmes e séries dificilmente fogem do imaginário do júri, com todas as peculiaridades que esse formato de julgamento traz consigo.

O examinador que se atenta para o número de casos criminais que são efetivamente acertados via júri não pode deixar de ficar surpreso com o descompasso desses números com a força do imaginário que o júri ainda detém. Na verdade, a “*forma padrão de resolução para a maior parte dos casos criminais americanos e ingleses é a guilty plea, por meio de uma plea bargaining. Julgamentos pelo júri são antes a rara exceção do que a regra*”²¹⁸.

Como a prosa geralmente exagerada de George FISCHER ilustra, a “*plea bargaining agora domina o sistema americano de justiça criminal*”, enraizando-se tão fortemente nos “*salões do poder*” que seu domínio sequer tem para onde crescer²¹⁹. A primeira pergunta que me vem à mente, diante desse quadro, é como explicar esse “trunfo” das práticas de *plea bargaining*, as quais parecem ter se mantido longe da atenção do público em geral e, como denuncia Stephanos BIBAS²²⁰, mesmo da

²¹⁸ Tradução livre de:

“*the standard form of disposition for most English and American criminal cases is the guilty plea, by means of a plea bargain. Jury trials are the rare exception rather than the rule.*” FEELEY, MM. **Legal complexity and the transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining**. p. 183.

²¹⁹ Tradução livre de:

“*Though originally an interloper in a system of justice mediated by courtroom battles, plea bargaining now dominates American criminal justice.*” “*Finally, plea bargaining grew so entrenched in the halls of power that today, though its patrons may divide its spoils in different ways, it can grow no more.*” FISCHER, George. **Plea bargaining’s triumph**. p. 855 (versão sem paginação).

²²⁰ BIBAS, Stephanos. **Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection**. p. 1117-1161. Esta desatenção por parte das Cortes talvez seja o aspecto que mais me surpreendeu ao longo dessa pesquisa. Em conversas iniciais com minha orientadora, por exemplo, destacávamos a necessidade de atentar para a forma como um sistema cujo alicerce dominante são as negociações cria balizas para seu funcionamento, já que a ampliação dos espaços de disposição se mostra como uma tendência forte, inclusive para o direito brasileiro. Ocorre que a maioria dos autores que discutem a *plea bargaining* como um elemento já constituído do sistema de justiça criminal destaca a ausência de parâmetros seguros para analisá-las. São sugeridos códigos de atuação dos promotores, limites para seu poder de negociação, parâmetros para avaliar a validade dos acordos, medidas legislativas para a proteção do acusado, mas sempre destacada a insuficiência de apontamentos

jurisprudência das cortes, especialmente da Suprema Corte americana (seja essa falta de atenção intencional ou não).

Bruce SMITH²²¹ fornece um bom quadro para as formas como a ascensão das práticas de *plea bargaining* como aspecto fundamental do sistema de justiça criminal americano vem sendo explicada por estudiosos de diversas áreas. A maior parte desses estudos aponta as primeiras décadas do séc. XIX como o período no qual a negociação penal começa a se tornar relevante, a ponto de, em torno de 1860, a resolução de casos criminais por meio de acordos já ser maioria em vários estados. Como Mary VOGEL aponta, em que pese a *plea bargaining* ser comumente tomada como fenômeno que toma forma após a segunda guerra mundial, seu aparecimento no sistema de justiça americano é muito anterior, ainda que essas origens se mostrem curiosamente elusivas²²².

A tese central, desimportante de que área o estudioso olha, se mostra invariável:

De início, e sob risco de argumentar obviedades, a maioria dos estudiosos da *plea bargaining* – sejam eles historiadores, sociólogos ou juristas – têm analisado a *plea bargaining* como um processo através do qual promotores, acusados e juízes procuram assegurar benefícios e evitar custos, à sombra do processo penal²²³.

Desde esse ponto de partida razoavelmente óbvio, o que difere as explicações estão na forma como os atores em busca de benefícios os teriam vislumbrado nas práticas de *plea bargaining*.

Uma primeira e, ainda, bastante forte vertente explicativa encontra reposta no volume de casos (*caseload*) levados às cortes, o que teria criado uma necessidade

jurisprudenciais sobre o assunto. Ao contrário, como mostrarei, uma das justificativas mais fortes para os negócios penais estaria na liberdade de negociação e na autonomia do promotor sobre o caso.

²²¹ SMITH, Bruce P. *Plea Bargaining and the Eclipse of the Jury*. p. 131–49

²²² VOGEL, Mary. *The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-180*. p. 162.

²²³ Tradução livre de:

“At the outset, and at the risk of belaboring the obvious, most scholars of plea bargaining—whether they are historians, sociologists, or legal academics—have analyzed plea bargaining as a process by which prosecutors, defendants, and judges seek to secure benefits and avoid costs in the shadow of criminal trial”. SMITH, Bruce P. Op. Cit. p. 133.

antes não existente para o Estado. Como FEELEY²²⁴ agudamente critica, contudo, esta explicação parece estar mais ligada a um lamento pelo esvaziamento da importância do júri criminal do que a uma efetiva constatação derivada de pesquisa histórica.

Outro raciocínio recorrente pauta-se na crescente complexidade dos casos criminais, que deixam de exigir dos sujeitos processuais conhecimento acerca de dois ou três crimes para apresentarem volume suficiente para preencher uma biblioteca. Essa ordem de argumento é geralmente empregada em conjugação com a ideia de volume de casos e, juntas, essas duas explicações são tomadas como ponto de partida para um raciocínio que se encaixaria muito bem em modelos teóricos da escolha racional²²⁵.

À medida em que Estado é obrigado a lidar com um número crescente de casos criminais, cuja complexidade aumenta na mesma proporção, ao acusado começa a se fazer presente uma “cartada” antes inexistente. Enquanto o Estado é capaz de julgar rápida e competentemente os casos criminais, seus agentes (juízes e promotores em especial) não têm qualquer incentivo para negociar. Quando a percepção de que a resolução de um arquivo incomensurável de casos extremamente complexos é humanamente impossível, esses mesmo agentes são fortemente incentivados a negociar.

Junte-se a isso a orientação de FEELEY, de que o modelo adversarial da *common law*, na forma como se desenvolveu ao longo da segunda metade do séc. XIX e no séc. XX, exige enorme dispêndio de tempo, grande preparo científico e custos extremamente altos²²⁶, e forma-se uma argumentação bastante coerente para o abandono do júri como forma primordial de acertar casos penais.

John LANGEIN, autor cuja imparcialidade para com as práticas de *plea bargaining* está longe de ser inquestionável²²⁷, oferece um panorama dessa via explicativa:

²²⁴ FEELEY, MM. Op. Cit. p. 183-190.

²²⁵ SMITH, Bruce P. Op. Cit. p. 133-135.

²²⁶ FEELEY, MM. Op. Cit.

Apresentando um argumento semelhante, mas discutindo sua relação com o critério de verdade no processo penal, ver: BORGES, Clara Maria Roman. **Um olhar para além dos sistemas processuais penais**. p. 7-9.

²²⁷ Langbein, em artigo que beira o caricato, chega a comparar a *plea bargaining* às práticas de tortura. Ver: LANGEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. p. 3-22. Incrivelmente, argumento desse tipo foi reproduzido por aqui, fundado em uma compreensão historicamente descompromissada de “inquisição”: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha no processo penal e o autoritarismo**

A principal explicação histórica para a ausência da *plea bargaining* em séculos anteriores é, creio eu, simples e incontroversa. Quando nos voltamos para o período anterior à metade do século XVIII, descobrimos que aquele julgamento da *common law* exibia um grau de eficiência que esperaríamos, agora, apenas de procedimentos não judiciais. O julgamento pelo júri era um procedimento sumário. No intervalo de dois séculos, o surgimento do sistema adversarial e o relacionado desenvolvimento de disposições sobre provas causaram profunda transformação no júri do *common law*, retirando a espantosa eficiência que o caracterizou por tantos séculos²²⁸.

Esse modelo explicativo se mantém prestigioso. Em verdade, à exceção de análises afeitas à *law & economics*, a maior parte de juristas que olham para a *plea bargaining* o toma como dado. A própria Suprema Corte americana endossou essa explicação, no período em que a constitucionalidade da *plea bargaining* era questionada.

Famosamente, no caso *Santobello vs New York*²²⁹, de 1971, a corte expressamente se referiu ao grande número de trabalho a que os tribunais americanos eram submetidos, tornando a *plea bargaining* uma saída aparentemente indispensável:

Esse registro [relato do caso, em que o promotor descumpriu uma das condições combinadas] representa outro exemplo de um infeliz lapso nos procedimentos regulares da promotoria, em parte, sem dúvida, em razão do enorme aumento de volume de trabalho em promotorias com falta de pessoal. O grande volume de trabalho pode muito bem explicar esses episódios, mas não os exculpa. A disposição de acusações criminais por meio de acordos

“consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. p. 261-279.

Discuto o argumento que compara as práticas de *plea bargaining* a situações coativas no próximo capítulo.

²²⁸ Tradução livre de:

“The main historical explanation for the want of plea bargaining in former centuries is, I believe, simple and incontrovertible. When we turn back to the period before the middle of the eighteenth century, we find that common law trial procedure exhibited a degree of efficiency that we now expect only of our nontrial procedure. Jury trial was a summary proceeding. Over the intervening two centuries the rise of the adversary system and the related development of the law of evidence has caused common law jury trial to undergo a profound transformation, robbing it of the wondrous efficiency that had characterized it for so many centuries.” LANGBEIN, John. **Understanding the Short History of Plea Bargaining.** p. 262.

²²⁹ O qual é referência imprescindível nas discussões processuais acerca de eventual descumprimento do acordo por parte do Estado.

entre o promotor e o acusado, por vezes referido como *plea bargaining*, é um componente essencial da administração da justiça. Bem administrado, deve ser encorajado. Se cada acusação criminal fosse submetida a um julgamento ordinário (*full-scale trial*), os Estados e o Governo Federal seriam obrigados a multiplicar em muitas vezes o número de juizes e de estabelecimentos judiciais²³⁰.

Interessantemente, a Corte não fez apenas uma constatação empírica, referente ao crescimento do volume de trabalho. Derivou dessa constatação uma orientação normativa, afirmando que a *plea bargaining* deve ser incentivada. Há um claro problema filosófico nesse raciocínio, já que, para fornecer uma orientação normativa, a Corte deveria fornecer um argumento normativo. Analiso nos próximos tópicos as tentativas de justificativas da *plea bargaining*. Como se verá, porém, o tipo de argumento confuso fornecido pela Corte é recorrente.

A ideia de que os acordos surgem em razão do volume e complexidade dos casos penais é também apontada no estudo comparativo de Máximo LANGER²³¹. Argentina, Itália, Alemanha e França, ao adotarem procedimentos inspirados na *plea bargaining*, em que os espaços de negociação entre acusação e defesa foram ampliados, apontaram para essa explicação²³².

Para além do grupo explicativo mais recorrente, isto é, aquele que atrela o surgimento e a rápida ascensão ao protagonismo das práticas de *plea bargaining* aos crescentes volume e complexidade dos casos criminais, outras tentativas de descrever o fenômeno podem ser nomeadas.

Em sua revisão da bibliografia sobre as origens da *plea bargaining*, SMITH²³³ aponta para o grupo de estudos que atrela a expansão das práticas negociais às

²³⁰Tradução livre de:

"This record represents another example of an unfortunate lapse in orderly prosecutorial procedures, in part, no doubt, because of the enormous increase in the workload of the often understaffed prosecutor's offices. The heavy workload may well explain these episodes, but it does not excuse them. The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called "plea bargaining," is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities." <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/case.html>>>.

²³¹ LANGER, Máximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure.**

²³² Muito embora Langer, ao discutir a tese da "americanização" do direito, aponte para a transição de regimes autoritários para democráticos (conforme, é claro, a peculiar ideia americana de democracia) como forte razão pela qual a *plea bargaining* teria sido transplantada para outros ordenamentos jurídicos.

²³³ SMITH, Bruce P. Op. Cit. p.135.

mudanças institucionais que afetaram as promotorias americanas, bem como a estrutura e funcionamento das polícias. Assim, marcos importantes teriam sido a existência de eleições para promotores em Nova Iorque, em 1846, e aumento de supervisão das promotorias por parte dos governos estaduais. Quanto às polícias, novas tecnologias de pesquisa de provas teriam sido determinantes para reduzir a diferença entre o que as partes esperavam e o que efetivamente ocorria nos processos criminais, aumentando consideravelmente os incentivos para negociar.

SMITH²³⁴ ainda identifica um grupo de teorias explicativas que qualifica como aquele que atrela o surgimento da *plea bargaining* a “fatores externos” aos procedimentos criminais. Nesse grupo, inúmeras linhas podem ser distinguidas. Há autores que ligam os negócios penais a questões de política econômica, outros os vinculam às mudanças da atitude ideológica da sociedade em relação aos crimes.

Talvez a linha mais relevante nesse grupo, pela marcada diferença da tese que propõe para com a tese majoritária da volume e complexidade dos casos penais, mas principalmente pela pesquisa histórica e apoio em fortes marcos teóricos da sociologia, seja a proposta de Mary VOGEL. Conforme VOGEL, em seu **The Social Origins of Plea Bargaining**²³⁵, só seria possível compreender o fenômeno da *plea bargaining* se forem estudados os movimentos das elites que formataram os sistemas criminais nas primeiras décadas do séc. XIX.

Acompanhando as mudanças promovidas pela súbita industrialização, mudanças populacionais e migrações e urbanização, a elite de Boston (foco da pesquisa de VOGEL) encontrou nas cortes uma forma de reorganização da distribuição de poder. A forma adotada de acordos penais, envolvendo as promotorias, teria relação com a leniência seletiva muito comum na *common law* britânica.

A ausência de pena ou a pena desproporcional à gravidade abstrata do crime, na sociedade oitocentista americana se mostrou um importante mecanismo de controle social, em especial pelas relações entre a atuação das cortes e os empregadores, já que o acusado faria sempre o possível para se manter no mercado de trabalho²³⁶.

O que remanesceria a ser pesquisado, segundo VOGEL, é como essa configuração é ressignificada atualmente, já que a relação entre as cortes e o mercado

²³⁴ SMITH, Bruce P. Op. Cit. p.135-136

²³⁵ VOGEL, Mary. Op. Cit.

²³⁶ VOGEL, Mary. Op. Cit. p. 221-222

de trabalho não é tão relevante e, dado o perfil socioeconômico dos acusados, haveria muito menos em jogo em uma condenação:

Hoje, a *plea bargaining* opera em uma sociedade na qual vastos segmentos de nossas populações urbanas, especialmente homens jovens na idade mais propensa a delinquir, estão desempregados e têm poucas perspectivas de melhorar suas situações. Para esse tipo de acusado, há muito pouco a perder. Enquanto a graça do Estado era dotada de sentido em um mundo no qual a condenação carregava custo social, a leniência se mostra muito diferente no mundo de hoje. Em situação nas quais um acusado tem pouco a perder, a graça do estado passa a ser vista como fraqueza e evoca apenas cinismo²³⁷.

De fato, o mundo no qual as práticas de *plea bargaining* surgiu é muito diverso do mundo no qual elas fazem parte de 95% dos casos penais²³⁸. A conclusão a que VOGEL chega em sua pesquisa, portanto, como qualquer pesquisa histórica séria, é temporalmente limitada e não pode ser generalizada para fora do campo efetivamente estudado. Além disso, conforme SMITH²³⁹, muitas das tentativas de dar sentido ao “triunfo” da *plea bargaining* se baseiam em dados colhidos nas cortes e promotorias de Boston. Não é claro se esses dados sequer podem ser levados a responder pela realidade do restante de Massachusetts. Consideradas as diferenças nas legislações e práticas criminais nos diferentes estados americanos, essa ressalva é apenas aprofundada.

Ainda, mesmo que se chegue a um relativo consenso acerca das causas e fatores que levaram ao aparecimento e ao protagonismo da *plea bargaining* no sistema penal americano (embora, como visto, haja diversas linhas explicativas, nem sempre concordantes entre si), esse consenso não adentraria no discurso moral que pretende legitimar essas práticas.

Como venho insistindo desde as primeiras linhas deste trabalho, a compreensão da pena como instituição política exige, dada sua peculiaridade

²³⁷ Tradução livre de:

“Today *plea bargaining* operates in a society where vast segments of our urban populations, especially young males of prime crime-producing age, are unemployed and have little prospect of bettering their situations. For such a defendant, there is precious little to lose. While the grace of the state was meaningful in a world where conviction bore social cost, leniency looks very different in the world of today. Where a defendant has little to lose, largesse from the state now tends to be viewed as weakness and elicits only cynicism”. VOGEL, Mary. Op. Cit. p. 236-237.

²³⁸ BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1119. Números semelhantes em: SMITH, Bruce P. Op. Cit. p.132.

²³⁹ SMITH, Bruce P. Op. Cit. p.136

inerentemente aflitiva, a apresentação de uma argumentação moral que se pretende condizente com os princípios morais que uma sociedade considera justos. Na medida em que exigem do acusado a renúncia a sua defesa (com ou sem declaração expressa de culpa), com a aceitação das consequências penais, também inerentemente aflitivas, as práticas de *plea bargaining* trazem consigo o mesmo ônus de justificação que atribuí à pena.

Como visto no capítulo anterior, a *plea bargaining* não é facilmente compatível com os princípios do retributivismo, princípios esses hoje dominantes nas tentativas de justificação da pena. Cabe perguntar sob quais argumentos morais, então, as práticas de *plea bargaining* pretendem se justificar.

Com esse objetivo, tomo por base as divisões fornecidas por Albert ALSCHULER²⁴⁰ e Fred ZACHARIAS²⁴¹ sobre as teorias justificatórias da *plea bargaining*. Como ALSCHULER acertadamente percebe, especialmente após passados os primeiros anos das decisões da Suprema Corte americana acerca da constitucionalidade das práticas de *plea bargaining*, no início da década de 1970, a argumentação justificatória passou por alterações profundas.

De raciocínios diretamente relacionados aos efeitos da negociação na sentença penal (*sentencing*), passou-se a perceber que a forma mais plausível de justificar a *plea bargaining* é recorrer a uma espécie “ética do consenso”, isto é, o que deve ser valorada não é a sentença resultante, mas o próprio procedimento negocial entre promotor e acusado.

Se é possível falar em uma primeira fase das tentativas de justificação da *plea bargaining* (apenas em termos de predominância, já que temporalmente os argumentos dos dois grupos de justificativas são praticamente coexistentes), essa fase agruparia as justificativas referentes ao *sentencing*.

Há, aqui, duas linhas muito claras²⁴². A primeira é ligada à pretensa propensão à reabilitação do acusado que se assume culpado. Aponta, evidentemente, para o ideário reabilitativo ainda importante no pensamento penalógico entre as décadas de 1950 e 1970²⁴³. A segunda assume com força a argumentação moral consequencialista, para justificar a *plea bargaining* no atingimento de resultados

²⁴⁰ ALSCHULER, Albert. **The Changing Plea Bargaining Debate**. p. 652-657.

²⁴¹ ZACHARIAS, Fred. C. **Justice in Plea Bargaining**. p. 1120-1189.

²⁴² ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 660.

²⁴³ ALSCHULER, Albert. **The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the past Century and Some Thoughts about the Next**. p. 6.

semelhantes ao acerto pelo júri, mas com a utilização de menos recursos pelo Estado ou, em outras versões, com a auferição de outros benefícios (como informação, por exemplo).

No próximo tópico, essas duas linhas são discutidas.

3.2 JUSTIFICANDO A *PLEA BARGAINING* COM A PENALOGIA

A Suprema Corte americana, no caso *Santobello vs. New York*²⁴⁴, como afirmei, indicou uma explicação para o protagonismo da *plea bargaining* no sistema criminal americano. Na oportunidade, a Corte apontou para o volume de trabalho das promotorias e, já em juízo normativo, afirmou que essas práticas negociais deveriam ser incentivadas, caso mantidas em certos parâmetros.

Um ano antes, contudo, em 1970, a mesma Corte ofereceu expressamente uma defesa da *plea bargaining*, a partir das duas linhas argumentativas que apontei como aquelas que marcam a primeira fase de justificativas da prática²⁴⁵. Essas razões foram apresentadas em *Brady vs. United States*, quando a Corte afirmou a constitucionalidade da *plea bargaining*:

Não podemos afirmar ser inconstitucional que o Estado estenda um benefício ao acusado que, em troca, oferece um benefício substancial ao estado e que, por sua declaração de culpa (*by his plea*), demonstra estar preparado e disposto a admitir seu crime e a entrar no sistema correccional em um estado mental que dá esperança de sucesso na reabilitação em um período mais curto do que, de outra forma, necessário²⁴⁶.

Como se mostra óbvio, a Corte fez depender a constitucionalidade de duas assunções, uma normativa, a outra puramente empírica (a princípio, não

²⁴⁴ <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/case.html>>>

²⁴⁵ Para discussão desse ponto da decisão, ver: ALSCHULER, Albert. **The Changing Plea Bargaining Debate**. p. 658-661.

²⁴⁶ Tradução livre de:

"We cannot hold that it is unconstitutional for the State to extend a benefit to a defendant who in turn extends a substantial benefit to the state and who demonstrates by his plea that he is ready and willing to admit his crime and to enter the correctional system in a frame of mind that affords hope for success in rehabilitation over a shorter period of time than might otherwise be necessary".
<<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>>.

demonstrada): a) o acusado que aceita o acordo oferecido pelo promotor está mais propenso à reabilitação; e b) as práticas de *plea bargaining* são benéficas ao acusado e ao Estado (assunção normativa)

Analiso esses dois argumentos separadamente.

a) A propensão à reabilitação ou o remorso do acusado

Como pode de ser imaginado, o argumento apontado pela Suprema Corte americana, de que o acusado que aceita o acordo está mais propenso à reabilitação, repousa na assunção de culpa ou, ao menos, no aceite das consequências penais decorrentes do acordo. Trata-se, como afirmei, de uma assunção empírica, a qual depende, tal qual qualquer teoria justificatória que repouse em assunções empíricas, de comprovação fática.

Ocorre que é difícil imaginar sobre qual base fática esse argumento foi construído. A Corte não poderia, por exemplo, se basear nas taxas de reincidência²⁴⁷, as quais, conforme estudos quantitativos apontados por ALSCHULER²⁴⁸, permanecem relativamente iguais entre acusados condenados por júri e aqueles cuja condenação derivou de uma negociação. Tampouco há estudos apontando que o tempo de *probation* necessário para os “negociantes” seja menor em relação aos condenados que exigiram o julgamento por júri.

O que poderia ser imaginado, então, é uma assunção mais abstrata, esta não mais dependente de comprovação fática. O acusado que aceitaria a pena imposta no acordo mereceria menos pena, já que mostraria sentimentos normativamente bons, como arrependimento, remorso ou compreensão do significado da ofensa. Embora essa forma de desenvolver o argumento claramente se afaste do que foi expresso pela Suprema Corte, seria uma tentativa válida de salvar a linha justificatória.

Não me parece fora de propósito premiar os acusados que demonstrem remorso, arrependimento ou compreensão do significado da ofensa – de fato, esta é razão pela qual um bom número de legislações penais aceita a redução de pena pela confissão ou pela tentativa de evitar ou minorar danos à vítima). O problemático do

²⁴⁷ Por reincidência, aqui, refiro-me tão-somente ao cometimento de ilícito penal por um sujeito que já havia sido penalmente condenado anteriormente.

²⁴⁸ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 662.

argumento está no fato de que nada nas narrativas das práticas de *plea bargaining* indica a presença desses sentimentos como característica determinante.

Basta consultar a forma como os acordos são construídos²⁴⁹, envolvendo pouca ou nenhuma discussão acerca do significado do fato ocorrido ou da forma como o acusado se relaciona com a vítima, por exemplo, para perceber que a decisão de aceitar ou rejeitar o acordo tem pouco a ver com os sentimentos internos do acusado.

Como demonstram as entrevistas e os estudos de caso conduzidos pelo próprio ALSCHULER com atores diretamente envolvidos nas negociações²⁵⁰, a maior parte dos acusados indicava as circunstâncias que o fizeram crer que um acordo lhe era mais favorável do que insistir no júri²⁵¹. Assim, a orientação da defesa, a pressão exercida pelo promotor, a reputação do juiz ou o conhecimento de algum caso semelhante em que o júri foi rigoroso se mostram fatores muito relevantes para a decisão do acusado. Fatores esses que, ao menos para um observador regular, se mostram mais afeitos a uma decisão racional sobre benefícios e prejuízos do que a uma ação orientada por remorso, por exemplo. Caberia, de todo modo, perguntar se a Suprema Corte americana pensa de forma diversa.

Finalmente, ainda que se aceite a presença dos sentimentos discutidos como fatores determinantes na decisão do acusado, o argumento acabará por deixar o acusado em uma situação semelhante à de Yossorian, no romance de Joseph HELLER²⁵², o qual pretende deixar de voar missões de bombardeio. Loucos são impedidos de voar nessas missões. Agora, conforme o regramento da força aérea, como apenas um louco aceitaria voar, qualquer um que peça afastamento se mostra mentalmente sã. Yossorian, por se recusar a voar, se mostra sã e deverá voar.

Imagine-se um acusado que efetivamente sente remorso e, por pretender receber uma condenação moral condizente com o significado da ofensa insiste no julgamento por júri e recebe uma pena bastante rigorosa. Um acusado que não está sequer ligeiramente arrependido olha para o que ocorreu com seu colega sentimental e decide, é claro, fazer o acordo.

Sob pena de se aceitar essa situação absurda, é preciso conceder que, ao menos “*desde o primeiro dia em que a primeira guilty plea estratégica foi tomada até*

²⁴⁹ MAYNARD, Douglas W. **Narratives and narrative structure in plea bargaining.**

²⁵⁰ ALSCHULER, Albert. **The Prosecutor's Role in the Plea Bargaining.** p. 50-112; ALSCHULER, Albert. **The Trial Judge's Role in Plea Bargaining.** p. 1059-1154.

²⁵¹ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 663-667.

²⁵² HELLER, Joseph. **Catch-22.**

*presente, ninguém foi capaz de determinar, simplesmente pelo exame da declaração do acusado, se ele está ou não tomado por remorso*²⁵³.

Considerando, contudo, a existência e a difusão numérica da discutida *Alford plea*, (vale lembrar que *North Carolina vs. Alford* foi julgado no mesmo ano em que *Brady vs. United States*), imagino que a Corte não veja qualquer contradição em premiar um acusado por conta de sua demonstração de remorso, por negociar, mesmo que este acusado mantenha firme a afirmação de que é inocente.

A justificativa da *plea bargaining* pelos sentimentos moralmente positivos do acusado, como se vê, não se mantém sequer após um exame superficial.

b) A justificação pela troca de benefícios entre Estado e acusado

A outra linha justificativa apresentada pela Suprema Corte americana, em *Brady vs. United States*, está relacionada à auferição de benefícios por parte do Estado que, em troca, trataria o acusado de forma mais leniente.

Conforme bem percebe ALSCHULER²⁵⁴, há duas formas de resposta a essa tentativa de justificação, uma interna e outra externa, seria possível adjetivar.

Pode-se aceitar a lógica de que *trade-offs* entre Estado e acusado poderiam justificar uma negociação a respeito da culpa ou da inocência, bem como das consequências penais impostas. Nesse caso, seria necessário avaliar se essas trocas poderiam ser objetivamente percebidas como razoáveis ou equilibradas. Essa forma de pensar seria interna à justificativa em questão.

De outro lado, pode ser oferecida uma resposta externa. Isto é, podem ser questionados os pressupostos que levam a orientar políticas públicas, como é o caso das práticas de *plea bargaining*, segundo princípios morais manifestamente consequencialistas. A forma mais óbvia é afirmar que a pena deve ser determinada pelo merecimento, como pretende o retributivismo, o que impede a troca de benefícios. Ou, de forma mais geral, poderia ser oposta a clássica tese dworkiniana²⁵⁵, de que direitos fundamentais seriam trunfos contra a ação de governos, derivando

²⁵³ Tradução livre de:

"From the day of this first strategic guilty plea until the present, no one has been able to tell simply by examining a defendant's plea whether or not he was remorseful" ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 662.

²⁵⁴ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 670-680.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. p. 191

dessa característica algum impedimento para que o direito à plena defesa (como, no caso americano, no procedimento do júri), fosse negociado.

Penso que já tomei espaço suficiente para argumentar que as práticas de *plea bargaining* não se acomodam bem em um sistema de justiça criminal orientado pela ideia de que a pena deve ser determinada pelo merecimento do ofensor. Insistir nesse caminho seria pedante. Quanto ao argumento pela inegociabilidade de direitos (que sequer poderia ser diretamente traçado a DWORKIN), embora muito difundido como resposta a quaisquer negociações penais²⁵⁶, é preciso reconhecer que, ao menos em se tratando da realidade do direito americano, a ideia de direitos absolutamente indisponíveis faz muito pouco sentido²⁵⁷.

Meu foco aqui, portanto, será o debate a partir das próprias premissas do raciocínio consequencialista, que orienta a justificativa da *plea bargaining* pela troca de benefícios, ainda que meu objetivo seja apontar para os limites dessa justificativa.

A primeira dificuldade que um defensor das práticas de *plea bargaining* encontra está em determinar e mensurar que tipo de benefícios seriam obtidos pelo Estado ao não realizar o procedimento ordinário para a distinção entre inocentes e culpados, bem como para a determinação das consequências impostas aos culpados. O argumento apresentado pela Suprema Corte americana não ofereceu uma resposta explícita.

Uma tentativa bastante razoável de resposta seria a de que o benefício obtido pelo Estado, com a não realização do juízo ordinário, seria expresso monetariamente, em termos de dispêndios não realizados. Para recorrer ao pensamento utilitarista clássico, o dinheiro seria tomado como medida da quantidade de dor e prazer obtidos, inclusive para relações interpessoais²⁵⁸.

Para seguir por esse caminho, seria necessário, no entanto, precisar o preço de um julgamento criminal, além de precisar o que os acusados atribuem ao direito a julgamento que lhes é garantido. ALSCHULER²⁵⁹ oferece dois exemplos interessantes.

²⁵⁶ Ver, apenas a título de exemplo: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Op. Cit.; LOPES JR., Aury. **Direito procesual penal**. p. 794-796.

²⁵⁷ Nesse sentido, ver: WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court**. p. 217

²⁵⁸ SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. p. 32-32.

²⁵⁹ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 670-680.

O primeiro é uma situação hipotética, com muitas reminiscências no experimento de Edward THORNDIKE²⁶⁰. ALSCHULER imagina um Estado que, com base em cálculos perfeitamente objetivos, descobre que o preço de um julgamento criminal médio é de R\$ 1.000,00, seja com uma condenação ou uma absolvição.

A fim de maximizar os benefícios, esse Estado, em vez de oferecer a diminuição de pena ou alguma forma diferenciada de cumprimento de pena, começa a oferecer uma contrapartida financeira aos acusados que optem por não exercer o direito a julgamento. Após várias tentativas, conclui-se que o preço ótimo para oferecer ao acusado é R\$ 500,00, já que cerca de 95% dos acusados aceita o acordo e o Estado deixa de gastar R\$ 500,00 a cada negócio fechado. Sob uma ótica utilitarista clássica, essa solução é muito mais racional do que a *plea bargaining* real, na qual os benefícios ao Estado e aos acusados são sempre contingentes e as informações disponíveis (custo do processo, *sentence diferencial* efetivo etc) são limitadas.

O segundo exemplo segue uma lógica semelhante, mas baseia-se em casos reais:

No início de 1980, dois acusados de tentar adquirir mil libras de maconha foram postos em liberdade condicional (*probation*) após doarem \$260,000 para o departamento de polícia de Fort Lauderdale, na Flórida; e cinco acusados de tráfico de drogas na Carolina do Norte receberam liberdade condicional em troca de uma contribuição de \$475.000, a qual aparentemente permitirá ao *county* no qual eles foram presos construir um novo prédio escolar²⁶¹.

²⁶⁰ THORNDIKE, Edward L. **Human Nature and Social Order**. p. 75-84.

Thordike promoveu uma série de entrevistas para testar a hipótese benthaminiana de expressar desejos em uma medida comum monetária. Perguntava aos participantes no experimento, por exemplo, quanto precisaria oferecer para que eles aceitassem a extração de um de seus dentes. Ao final, Thordike realizou uma média dos valores obtidos nas mais diversas situações.

²⁶¹ Tradução livre de:

"In early 1980, two defendants accused of attempting to purchase one thousand pounds of marijuana were placed on probation after donating \$260,000 to the Fort Lauderdale, Florida, police department; and five accused drug smugglers in North Carolina received probation in exchange for a contribution of \$475,000 that apparently will enable the county in which they were arrested to build a new school building". ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 674.

Mais uma vez, levada a fundo a lógica utilitária clássica, o Estado não deveria sequer pensar duas vezes antes de sustentar a oferta dos acusados endinheirados. Afinal, é difícil imaginar que a realização de algumas audiências a mais, nesses dois casos somados, chegasse a custar mais de \$750.000.

O que causa estranheza, nesses exemplos, é, assim como discutido no exemplo do professor que deixa de corrigir o trabalho dos alunos em troca de sua aprovação, o fato de que, mesmo aceitando a lógica utilitária, há um valor no julgamento por merecimento, cuja mensuração não é simplesmente alcançada por uma tentativa e erro. Apenas isso poderia explicar o porquê de a Suprema Corte americana, no mesmo *Brady vs. United States*, ter aceito e mesmo incentivado as práticas de *plea bargaining*, mas ter expressamente excluído os acordos induzidos por “promessas que são por natureza inapropriadas, por não terem relação própria com o ofício do promotor (p. ex. subornos)”²⁶².

O que é difícil entender é por qual razão, para além de eventual autorização legal, a negociação do direito de defesa em troca de penas mais brandas seria considerada algo com “relação própria com o ofício do promotor”, ao passo que aceitar dinheiro para, digamos, quitar os salários dos servidores da promotoria, seria inapropriado.

Poderia ser apontado que a versão do raciocínio consequencialista da qual me utilizei, geralmente nominada de utilitarismo de atos (*act utilitarianism*), é ultrapassada. A justificativa pelas consequências, então, deveria ser pensada a partir do mais sofisticado utilitarismo de regras (*rule utilitarianism*), com inspiração da filosofia de MILL.

Como fica patente na tentativa de justificação da pena de John RAWLS²⁶³ (surpreendentemente dissociada, em termos de fundamentação moral, de sua teoria da justiça), o que a passagem de um utilitarismo de atos para um utilitarismo de regras faz, em termos do funcionamento do sistema de justiça criminal, é aportar valor para considerações como merecimento, proporcionalidade e forte peso da distinção entre acusados e inocentes. O que um utilitarista de regras diria, é que, ainda que essas

²⁶² Tradução livre de:

“(...) promises that are by their nature improper as having no proper relationship to the prosecutor’s business (e.g. bribes)”. <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>>.

²⁶³ RAWLS, John. **Two concepts of rules**. In: ACTON, Harry Burrows (ed.). **Philosophy of Punishment**. p. 105-114. Para discussão sobre a teoria da pena em Rawls, ver: BOONIN, David. **The problem of punishment**. p. 62-77; LACEY, Nicola. **State punishment**. Political principles and community values. p. 49-53.

considerações sejam dispendiosas, a longo prazo eles maximizam a liberdade humana e, portanto, sobrepujam a utilidade de um julgamento sumário e barato, por exemplo. Ao contrário do retributivista, que veria valor intrínseco em punir proporcionalmente e de acordo com o merecimento, o utilitarista de regras fomentaria a mesmas práticas, mas com vistas aos resultados que ela produz.

Esses elementos, como argumentei, se dissociam das práticas de *plea bargaining*. É evidente que um utilitarista de regras pode argumentar de forma diversa de Rawls, afirmando que, em verdade, são as práticas de negociação penal que maximizariam a liberdade a longo prazo (eu seria o primeiro a contestar que o julgamento criminal ordinário, mesmo nos mais perfeitos moldes retributivistas, maximiza a liberdade). A primeira implicação desse raciocínio, entretanto, é rejeitar a *plea bargaining*, por um motivo muito simples: não faria sentido manter como direito de qualquer acusado o julgamento ordinário (por júri, por exemplo), se a negociação é que produziria mais utilidade. E aceitar que o júri seja excepcional para acusados excepcionalmente insistentes representaria o colapso do raciocínio novamente em um utilitarismo de atos²⁶⁴.

Ao argumentar que as práticas de *plea bargaining* se justificam pelos benefícios que aportam para o Estado, a Suprema Corte se mostra inconsistente. Se levasse a lógica consequencialista clássica a fundo, não teria apresentado objeções morais para situações nas quais os benefícios são maiores e mais facilmente mensuráveis, como no caso dos acusados que pretendem pagar a reforma de uma escola pública. Como apresenta objeções morais, claramente vê valor no julgamento criminal (seja esse valor intrínseco ou ligado a consequências), o que se mostra contraditório com uma prática que expressamente pretende desincentivar que acusados sejam julgados.

Ambas as justificativas penalógicas apontadas em *Brady vc. United States* são falhas. Como ASLCHULER identifica²⁶⁵, contudo, talvez elas sejam falhas por não adentrarem a fundo na lógica das práticas de *plea bargaining*. Talvez essas práticas devem ser pensadas como tendo pouco a ver com as formas tradicionais como a justiça criminal é pensada. De fato, ainda que fossem coerentes, essas justificativas

²⁶⁴ O colapso em utilitarismo de atos é, inclusive, a principal objeção às soluções do utilitarismo de regras. Ver, por exemplo, a solução encontrada por Hart para a questão de punir um inocente em casos extremos: HART, Herbert L. A. **Prolegomenon to the principles of Punishment**. In: HART, Herbert. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 12.

²⁶⁵ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 680-683

penalógicas encontram limites materiais. Quanto de leniência pode ser conferida em razão da identificada maior propensão à reabilitação? Mensurados os ganhos econômicos com os acordos, qual o tamanho do *sentence differential* ótimo?

A fase mais recente de formas de justificação procura evitar esses problemas. Seu foco está antes na justificativa própria para os acordos do que para as razões penalógica que orientariam os procedimentos criminais.

3.3 PLEA BARGAINING E A SATISFAÇÃO DAS PARTES

Soa como um truísmo afirmar que uma solução acordada, construída por mútua concessão dos sujeitos afetados, é melhor do que uma solução imposta, na qual a margem de escolha das partes é reduzida ou anulada. É a partir deste raciocínio que as formas mais atuais de justificações das práticas de *plea bargaining* são desenhadas.

Como ressalta Fred ZACHARIAS²⁶⁶, parece razoável assumir que acordos trazem consigo as características de poupar gastos desnecessários, evitar angústias e ressentimentos, além de certa velocidade no alcance de uma solução. Além disso, como na racionalidade dos contratos, a ideia de um acordo está em maximização da utilidade total para as partes acordantes. Pressupõe-se que as partes têm informações razoavelmente boas sobre os riscos envolvidos (chances de sucesso e fracasso caso ajam sozinhas, por exemplo) e, numa aposta na racionalidade, conclui-se que nenhum acordo seria firmado se a mútua concessão não fosse benéfica para ambas. Se uma das partes sai ganhando mais que outra ou se o resultado não foi exatamente o melhor possível, não importa.

A questão central quanto às justificações das práticas de *plea bargaining* que se baseiam na lógica do consenso não me parece ser questionar esses pressupostos dos contratos. A primeira tarefa para aquele que pretende discutir essas justificações está em responder se esses pressupostos, ou seja, se a lógica dos contratos é aplicável à realidade da justiça criminal.

Conforme um firme defensor da *plea bargaining*, a analogia entre o contrato entre o promotor e acusado e o contrato civil não é descartável. Entretanto, embora

²⁶⁶ ZACHARIAS, Fred. C. Op. Cit. p. 1127-1135

ambas sejam acordos entre partes, peculiaridades próprias de cada contrato devem ser levadas em conta:

A analogia entre práticas de *plea bargaininig* e contratos está longe de ser perfeita. Cortes se utilizam do contrato como uma analogia quando enfrentam argumentos sobre a execução dos acordos penais, excusas por não cumprimento ou remédios por sua violação. Mas acordos penais não se encaixam confortavelmente em todos os aspectos, seja no modelo econômico ou jurídico. Cortes se recusam a aceitar promessas de declarações de culpa futuras, embora a garantia de contratos executórios seja uma das principais missões do direito contratual. No lado econômico, acordos penais não representam melhorias de Pareto. Ao invés de entrarem em trocas que melhoram a situação de ao menos uma pessoa e não pioram a situação de ninguém, as partes pechinham em torno de quão pior será a situação de alguém. Em mercados, pessoas podem tomar crédito para tirar vantagem de bons negócios ou sair do mercado, esperar por uma oferta melhor, enquanto aplicam seus ativos. Em contraste, ambos os lados de um acordo penal operam sob uma restrição orçamentária estrita e não podem ganhar tempo. Eles negociam como monopolistas bilaterais (acusados não podem sair às compras de promotores em mercados competitivos!), nas sombras de regras legais que funcionam suspeitamente como controles de preço. Juízes, que não entram na negociação, estabelecem os preços, cada vez mais através de uma tabela de penas que mais parece emitido pelo *Office or Price Aministration*. A *plea bargaininig* está para os guias de sentença como os mercados negros estão para os controles de preço²⁶⁷.

Ao contrário das negociações civis, a partilha de informações na *plea bargaining* é intrinsecamente desigual. Só a defesa sabe realmente acerca da culpa ou da inocência; só a acusação sabe realmente qual a força dos elementos probatórios que possui. Sobre esses aspectos, as partes só podem estimar. O objeto da *plea bargaining* é muito limitado. A troca só pode ocorrer entre um benefício penal

²⁶⁷ Tradução livre de:

“The analogy between plea bargains and contracts is far from perfect. Courts use contract as an analogy when addressing claims for the enforcement of plea bargains, excuses for nonperformance, or remedies for their breach. But plea bargains do not fit comfortably all aspects of either the legal or the economic model. Courts refuse to enforce promises to plead guilty in the future, although the enforcement of executory contracts is a principal mission of contract law. On the economic side, plea bargains do not represent Pareto improvements. Instead of engaging in trades that make at least one person better off and no one worse off, the parties dicker about how much worse off one side will be. In markets persons can borrow to take advantage of good deals or withdraw from the market, wait for a better offer, and lend their assets for a price in the interim. By contrast, both sides to a plea bargain operate under strict budget constraints, and they cannot bide their time. They bargain as bilateral monopolists (defendants can't shop in competitive markets for prosecutors!) in the shadow of legal rules that work suspiciously like price controls. Judges, who do not join the bargaining, set the prices, increasingly by reference to a table of punishments that looks like something the Office of Price Administration would have promulgated. Plea bargaining is to the sentencing guidelines as black markets are to price controls” EASTERBROOK, Frank H. **Plea Bargaining as Compromise**. p. 1974-1975.

ao acusado e sua disposição do direito a um julgamento. A mensuração dos benefícios e dos prejuízos é muito difícil – se penas podem ser lidas como preços, elas certamente não representam o mesmo valor para pessoas diversas. Por fim, o acusado certamente não entra porque quer na mesa de negociação (ainda que isso não signifique que o acordo depois firmado não seja voluntário), ao contrário, presumivelmente, do negociante comum²⁶⁸.

Feitas essas ressalvas, as justificativas atualmente prevalentes das práticas de *plea bargaining* repousam numa ideia muito simples. Como na leitura de Richard POSNER²⁶⁹, a única razão lógica para as partes chegarem a um compromisso é a satisfação de ambas. A noção de compromisso, entendido como acordo decorrente de mútua concessão (*compromise*), se liga à noção de satisfação. Ora, se acusado e promotor (e, dependendo da situação, mesmo o juiz) estão satisfeitos com a solução, não haveria porque pretender a imposição de solução diversa.

Conforme as perspectivas de POSNER²⁷⁰, CHURCH²⁷¹, STUNTZ e SCOTT²⁷² e EASTERBROOK²⁷³, o limite para a negociação, para além daqueles intrínsecos já discutidos (a começar pelo fato de que se negocia como tornar a situação do acusado “menos pior”), está nas preferências das partes. Se alguma limitação externa a essa negociação pudesse ser justificada, nessa perspectiva, estaria limitada à ausência de “ameaças, erros ou subornos, e a necessidade de assistência competente, com tempo para avaliar os prós e os contras de um julgamento”²⁷⁴.

A leitura de Tomas CHURCH é especialmente ilustrativa: o processo deve ser lido como uma gestão de risco. São as propensões ou aversões ao risco do processo que determinarão se e sob quais termos um compromisso será firmado entre acusação e defesa²⁷⁵. Não se trata de nada mais do que uma concessão dos bens que cada parte possui: o promotor desiste de obter a pena máxima (ou aquela razoavelmente prevista para aquele acusado) e o acusado desiste da absolvição.

²⁶⁸ ZACHARIAS, Fred. C. Op. Cit. p. 1127-1135.

²⁶⁹ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. p. 872.

²⁷⁰ POSNER, Richard A. Op. Cit. p. 872-877.

²⁷¹ CHURCH, Tomas W. **In Defense of “Bargain Justice”**. p. 509-525.

²⁷² SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. **Plea Bargaining as Contract**. p. 1909-1968.

²⁷³ EASTERBROOK, Frank H. Op. Cit. p. 1974-1975; EASTERBROOK, Frank H. **Criminal Procedure as a Market System**. p. 289-332

²⁷⁴ Tradução livre de:

“On this account, defendants can freely and voluntarily choose to plea guilty. The only limitations are that they must face no threats, misrepresentations, or bribes, and have competent counsel and time to weigh the pros and cons of a trial”. BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1125.

²⁷⁵ CHURCH, Tomas W. Op. Cit. p. 515-525.

Nas justificativas do consenso, os acordos não representam nada além de uma possibilidade, uma alternativa à solução pelo julgamento. Como muitos acusados optam por essa solução, ela seria claramente melhor.

Ao aceitarem essa lógica como a principal razão pela qual as práticas de *plea bargaining* estariam justificadas, essas teorias se desincumbem das críticas dirigidas às teorias ditas penalógicas. Não há razão para acessar o montante de benefícios auferido pelo Estado, tampouco é necessário possuir algum mecanismo de extração de emoções para determinar se o acusado está acometido por remorso ou se, egoisticamente, apenas pretende que sua pena seja mais branda.

No bom resumo de BAR-GILL e BEN-SHAHAR sobre as justificativas pelo consenso:

O acusado, argumenta-se, sempre pode escolher rejeitar o acordo e ir a julgamento. Se o acusado escolheu aceitar o acordo, então a negociação penal deve ser melhor para o acusado do que ir a julgamento. Negócios penais adicionam outra opção. E mais opções é melhor do que menos²⁷⁶.

EASTERBROOK²⁷⁷, quem, acredito, fornece a defesa mais consistente da *plea bargaining*, não apenas endossa essa visão, como aponta elementos que a tornariam superior ao julgamento tradicional.

Como indiquei, EASTERBROOK tem plena ciência de que acordos penais não são, propriamente, como contratos. Sua superioridade em relação à imposição de julgamento, contudo, não repousa apenas na analogia, mas forte premissa de que “*compromissos são melhores que conflitos*”²⁷⁸. Para além disso, como nas justificações pelos *trade-offs* utilitários, ao evitarem os prolongados procedimentos, os

²⁷⁶ Tradução livre de:

“The defendant, so the argument goes, can always choose not to plea bargain and go to trial. If the defendant chose to accept a plea bargain, then the plea bargain must be better for this defendant than going to trial. Plea bargains add another choice. And more choice is better than less”. BAR-GILL, Oren; BEN-SHAHAR, Omri. **The prisoners’ (plea bargain) dilemma**. p. 2.

²⁷⁷ EASTERBROOK, Frank H. **Plea Bargaining as Compromise**. p. 1974-1978

²⁷⁸ Tradução livre de:

“Plea bargains are preferable to mandatory litigation-not because the analogy to contract is overpowering, but because compromise is better than conflict.” EASTERBROOK, Frank H. Op. Cit. p. 1975.

acordos penais poupam valiosos recursos, que serão melhor alocados em outros setores (EASTERBROOK, aqui, se refere a recursos financeiros, mas, principalmente, a tempo²⁷⁹). A possibilidade de negociar seus direitos representaria um significativo respeito pela autonomia dos acusados, que, assim, fariam o melhor possível para si. Acusados, com seus advogados, e promotores tem as mesmas, se não maiores, possibilidades de avaliação de culpa e inocência do que jurados ou juízes. Por fim, se há imperfeições na *plea bargaining*, considerada a possibilidade perene de insistir no julgamento, essas imperfeições devem ser atribuídas aos próprios julgamentos, dos quais os acusados, aparentemente, desconfiam muito.

As justificações pelo consenso, como se vê, têm força argumentativa muito mais significativa do que as justificações penalógicas. Ainda assim, algumas aporias e, especialmente, limites em sua lógica podem ser apontados.

Parece-me que o ponto mais sensível dessas teorias está na assunção de que a satisfação das partes tem alguma relevância. Como visto, não apenas é ressaltado que as práticas de *plea bargaining* são superiores ao julgamento pelo fato que todos são felizes e satisfeitos, como esse é principal fundamento para justificar essas práticas.

Defini pena como *imposição intencional e autorizada de sofrimento ou dor a um indivíduo, em razão de um ato (suposto ou real) que tenha ofendido uma regra prevista por um sistema legal*. Essa definição (embora essa afirmação possa ser contestada²⁸⁰) é independente da justificação moral que se aporta à prática. Isto é, seja a pena justificada pelo valor intrínseco identificado na distribuição de méritos, como no retributivismo, ou, digamos, no potencial dissuasivo da prática de apenar, a concepção de pena permanece inalterada.

Nesse caso, é difícil imaginar como justificar o procedimento através do qual ao Estado é autorizada esta imposição intencional de dor desde a satisfação das partes. Nada no contexto de aplicação e justificação da pena parece ter relação com satisfação de alguém.

²⁷⁹ Nesse ponto, EASTERBROOK, Frank H. Op. Cit. p. 1975:

“Compromise also benefits prosecutors and society at large. In purchasing procedural entitlements with lower sentences, prosecutors buy that most valuable commodity, time. With time they can prosecute more criminals.”

²⁸⁰ Sobre a dificuldade de diferenciar uma concepção de pena com sua justificação moral: BEDAU, Hugo Adam. **Retribution and the Theory of Punishment**. p. 601-620

Tomei com muita surpresa o fato de que ALSCHULER²⁸¹, cuja pretensão não é estudar filosofia da pena, apresenta um argumento muito semelhante. ALSCHULER consente que há pouco o que discutir quanto aos méritos do compromisso em questões civis, cujo objetivo, ao menos na maior parte dos casos, é uma compensação.

No caso da justiça criminal, cujo marco mais distintivo é aplicação potencial de dor intencional, compensação, com eventual satisfação das partes, não é um elemento característico:

Os objetivos do sistema de justiça criminal, entretanto, não são compensatórios. Esse sistema foi desenhado para influenciar condutas através da imposição de penas²⁸². Por mais desconfortáveis que isso nos deixe, o propósito do sistema é a coerção, e o direito penal procura atingir seu objetivo primordialmente pela inflicção deliberada de sofrimento. O propósito desse sistema certamente não é fazer todos felizes. Pode, portanto, soar estranho de repente buscar as virtudes do consenso em uma cena de estigmatização, produção de misérias e procedimentos involuntários²⁸³.

Admito que esse raciocínio está longe de preocupar autores como POSNER ou EASTERBOOK. Problemas mais afeitos ao raciocínio internos das teorias do consenso, contudo, são igualmente identificáveis.

Na análise, desde os pressupostos da escolha racional, das práticas de *plea bargaining* promovida por Douglas SAVITSKY, a assunção de que, caso não estivessem satisfeitos com os termos oferecidos pelos promotores, os acusados insistiriam no julgamento, é produto de uma simplificação da teoria²⁸⁴. O

²⁸¹ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 704-705

²⁸² Alschuler está correto em dissociar função da prática de apenar e do sistema penal como um todo, com sua justificação moral. Todo ato normativo busca influenciar condutas. O que justifica essa pretensão exige outra ordem de argumentos. A confusão entre função e teoria da pena, inclusive, é o que faz com que muito pouco do que é produzido sobre o tema em obras de direito penal seja aproveitável. Aquele que não percebe essa distinção será aquele que afirmará, por exemplo, que, para Kant, a pena não pode ter nenhuma *função* além de punir.

²⁸³ Tradução livre de:

“The goals of the criminal justice system, however, are not compensatory. This system has been designed to influence conduct through its imposition of penalties. As uncomfortable as this fact sometimes may make us, the central purpose of the system is coercion, and the criminal law attempts to achieve its goal primarily through the deliberate infliction of suffering. The purpose of this system certainly is not to make everybody happy. It therefore may seem strange suddenly to seek the virtues of consent at one stage of a stigmatization, misery-producing, and involuntary proceeding”. ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 705.

²⁸⁴ SAVITSKY, Douglas. **Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system.** p. 136.

desenvolvimento de modelos de escolha racional para as situações de *plea bargaining* não é simples²⁸⁵ e, como em qualquer problema de ação coletiva, escolhas sub-ótimas ou irracionais não são apenas possíveis, mas, por vezes, sequer é possível determinar uma ação ótima²⁸⁶. Circunstâncias como informação insuficiente ou ilusória devem ser levadas em conta em qualquer modelo, assim como preferências e escolhas aparentemente irracionais.

Um bom exemplo se encontra no caso do benefício ilusório, isto é, nos casos em que o acusado realmente acredita que fazer o acordo é benéfico. No caso de uma acusação cuja pena prevista é de 5 anos, e o acusado acredita que as chances de condenação são relativamente altas, qualquer acordo que resulta em uma pena menor do que 5 anos seria percebido como benéfico. Essa circunstância, se lida em conjunto com o fato de que muito poucos acusados insistem no júri, pode levar a um acordo, de fato prejudicial, já a comunicação entre acusados em situações semelhantes é quase nula²⁸⁷. A posição de negociação, do lado do promotor, se mostra extremamente forte:

*Isto é, um acusado pode somente observar os poucos casos que vão a julgamento, não a situação em que todos são julgados. Essas sentenças altas induzem acusados a aceitar os acordos, por estabelecer padrões artificialmente altos para os resultados de julgamentos*²⁸⁸.

Essa circunstância diz respeito a funcionamento ordinário das práticas de *plea bargaining*. Contudo, considerando os identificados incentivos que a liberdade para negociar faz surgir em indivíduos, essas práticas tendem a aumentar os chamados “custos de agência” (*agency costs*), ilustradas nas situações de *overcharging* por parte

²⁸⁵ Para tentativas nesse sentido, ver: SAVITSKY, Douglas. Op. Cit. p. 131-167; PADGETT, John. **The Emergent Organization of Plea Bargaining**. p. 753-800; GROSSMAN, Gene M.; KATZ, Michael L. **Plea Bargaining and Social Welfare**. p. 749-757; KIM, Jeong-Yoo. **Credible plea bargaining**. p. 279-293. Por aqui, embora com um enfoque mais amplo e, especialmente, com muito menos consistência teórica: ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**.

²⁸⁶ ELSTER, Jon. **Juicios Salomónicos**. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión. p. 11-39

²⁸⁷ SAVITSKY, Douglas. Op. Cit. p. 138-144

²⁸⁸ Tradução livre de:

“That is, a defendant can only observe the few cases that do go to trial, not the situation where they all do. These higher sentences induce to accept plea bargains by setting an artificially high standard for trial outcomes”. SAVITSKY, Douglas. Op. Cit. p. 144-145.

do promotor, na fixação de sentenças desproporcionalmente altas para os acusados que insistem no julgamento ou mesmo em incentivos exteriores (como leis que aumentam a pena para incentivar a propensão a negociar)²⁸⁹.

Assim como nos modelos do dilema do prisioneiro de múltiplos jogadores (ou tragédia dos comuns²⁹⁰), o número de jogadores que não coopera (*free-riders*) afeta diretamente o resultado de cada jogador tomado individualmente²⁹¹. Se o acusado que faz o acordo for tomado como o jogador que não coopera, então temos um número exorbitante de *free-riders* (cerca de 95%), o que aumenta desproporcionalmente o poder de negociação do promotor, praticamente criando um cenário de ofertas irrecusáveis, o qual só poderia ser revertido, ausentes incentivos externos, por uma improvável comunicação coordenada dos acusados:

Agora que negociar é a regra, sua existência deforma a base de análise das penalidades. Legislaturas multiplicam leis criminais que se sobrepõem e fornecem aos promotores mais fichas para negociar. (...) Quando promotores ameaçam com sentenças inchadas pós-julgamento para induzir acordos, acusados são menos livres para testar sua culpa em juízo. Acusados podem se beneficiar se jogaram bem o jogo, mas ser muito prejudicados se não o fizeram²⁹².

Como bem detecta ALSCHULER, além disso, a mera existência da possibilidade de negociação tende a incentivar, racionalmente, promotores a acusarem por crimes que, de outro modo, seriam simplesmente ignorados²⁹³.

Uma última figura problemática, também identificada por ALSCHULER²⁹⁴, merece destaque. Trata-se da ideia de culpa parcial, a qual faz com o promotor seja

²⁸⁹ LIPPKE, Richard L. **Retributivism and plea bargaining**. p. 10-15.

²⁹⁰ SAVITSKY, Douglas. Op. Cit. p. 139

²⁹¹ ELSTER, Jon. **Nuts and Bolts for the Social Sciences**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 124-134.

²⁹² Tradução livre de:

“Now that bargaining is the norm, its existence warps the baseline penalties. Legislatures multiply overlapping criminal statutes and inflate sentences to give prosecutors extra plea-bargaining chips. (...) When prosecutors threaten inflated post-trial sentences to induce pleas, defendants are less free to test their guilt at trial. Defendants may be better off if they play the game well but much worse off if they do not”. BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1128.

²⁹³ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 687. Os resultados produzidos pela inserção dos chamados institutos despenalizadores nos Juizados Especiais Criminais brasileiros parecem coincidir com a ideia. Ver, nesse sentido: ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**. Uma pesquisa empírica em Juizados Especiais Criminais no Rio de Janeiro. p. 179-219.

²⁹⁴ ALSCHULER, Albert. Op. Cit. p. 705-713

inserto em uma situação em que, a depender de sua orientação ética (pessoal ou corporativa), sua ação será diversa²⁹⁵.

A partir do momento em que há a possibilidade de se negociar sobre a determinação da culpa e da inocência, surge uma distinção relevante entre aqueles condenados por um procedimento destinado a trazer elementos de convicção a uma parte que tomará uma decisão (júri ou juiz) e aqueles condenados por uma auto-declaração de culpa (ou, como no caso do *nolo contendere* e da *Alford plea*, de aceitação das consequências penais). Como visto, as justificativas pelo consenso apostam na ideia de mútua concessão, com o encontro de um meio-termo. Como pensar, contudo, um meio termo entre um culpado e um inocente?

A única explicação estaria em dar relevância para a distinção entre uma culpa fática e uma culpa legal. E, se levada a fundo a lógica da escolha racional, o promotor só proporá o acordo se estiver convencido da culpa fática, mas duvidar da sua capacidade (por apenas dispor de provas não cabíveis em juízo, por só ter tempo para se ocupar de um número limitado de casos, por crer que o carisma do acusado ou de seu advogado conquistarão o coração dos jurados, etc.) de demonstrar a culpa legal. Se agir de outro modo, entrarão em jogo os custos de agência. Como o promotor deve agir diante de um caso em que está convicto da inocência fática, mas tem certeza que é capaz de demonstrar a culpa legal, por exemplo? Ou nos casos em que o promotor está razoavelmente convencido da culpa fática, mas percebe que apenas em razão do evidente despreparo da defesa do acusado, há chances de demonstração da culpa legal?

Apenas com uma orientação bastante clara sobre a justificativa para as práticas de *plea bargaining* é que repostas a situações como essas poderiam ser fornecidas de forma minimamente objetiva, sem depender de alguma convicção íntima do promotor. Discuto essa necessidade de constranger as práticas de *plea bargaining* a um mínimo de razoabilidade como forma de conclusão deste capítulo.

²⁹⁵ ZACHARIAS, Fred. C. Op. Cit. p. 1149-1164

3.4 LIMITANDO O LIVRE MERCADO: AS CONSTRIÇÕES ÀS NEGOCIAÇÕES

As propostas que discuto neste último tópico não são propriamente teorias justificadoras. São teorias que, como no dizer de Fred ZACHARIAS²⁹⁶, tomam as práticas de *plea bargaining* como um dado.

Parecem longe de estar fora de propósito discussões que apontem para os limites das justificações dos acordos penais ou que apontem para a sua incompatibilidade com princípios morais razoavelmente aceitos. Afirmar o contrário me obrigaria a descartar a quase totalidade deste trabalho. Entretanto, a partir do momento em que se toma como parâmetro um sistema de justiça como o americano, em que ao menos 95% dos casos penais são resolvidos por meio desses acordos, insistir em uma configuração ideal do sistema penal – como, no caso brasileiro, parece ser lida a noção de sistema acusatório, cuja origem empírica (alega-se) estaria no próprio *common law* – aparentemente exige um exercício de fechar de olhos.

Pragmaticamente, esses teóricos estão afirmando que, dada a natureza claramente mercadológica das práticas de *plea bargaining*, reforçada pelas teóricas justificatórias mais robustas, “*enquanto a plea bargaining existir, solução deve ser aperfeiçoar as falhas de mercado, antes de empurrá-las para o subterrâneo*”²⁹⁷.

Segundo a tese de Stephanos BIBAS²⁹⁸ esse fechar de olhos não é exclusividade de teóricos críticos das práticas de *plea bargaining*, mas sim muito perceptível na jurisprudência das cortes americanas, a se destacar a Suprema Corte. Dois seriam os motivos principais para essa cegueira deliberada. O primeiro seria alheio à vontade da Corte e estaria na própria forma dos acordos, os quais, em sua grande maioria, preveem cláusulas de irrecorribilidade. Por isso, apenas em casos esparsos as Cortes superiores tiveram a oportunidade de discutir sobre as práticas de *plea bargaining*.

Aliado a isso, e certamente de forma conexa, BIBAS identifica uma crença da Suprema Corte no impacto do minucioso regramento dos juízos criminais (a se destacar o júri) teria sobre a *plea bargaining*. Nessa leitura, o aperfeiçoamento do júri aperfeiçoaria, reflexamente, a prática dos acordos penais. Essa tese, aliás, é

²⁹⁶ ZACHARIAS, Fred. C. Op. Cit. p. 1123

²⁹⁷ Tradução livre de:

“*As long as plea bargaining exists, the solution must be to improve the market’s flaws rather than to drive it underground*”. BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1141

²⁹⁸ BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1119

expressamente adotada por Frank EASTERBROOK, como forma de justificar a superioridade do consenso sobre a litigância obrigatória²⁹⁹.

Como resultado, a *plea bargaining* teria permanecido como um livre mercado (ou um mercado negro à sombra do mercado regulado das penas determinadas judicialmente, como quer EASTERBROOK³⁰⁰), parcamente regulado pelas poucas vezes em que a Suprema Corte se manifestou sobre o assunto.

À medida em que os julgamentos criminais não representam mais nada além de raras exceções, contudo, BIBAS enxerga urgência na necessidade de regulação desse livre mercado. Sugere, para tanto, o uso da analogia com o direito do consumidor³⁰¹. Ao menos no período compreendido entre 1970, quando da afirmação da constitucionalidade das práticas de *plea bargaininig* pela Suprema Corte, e 2002, quando, no caso *United States vs. Ruiz*, quando a Corte enfrentou diretamente alguns temas importantes para a conformação prática das negociações, a *plea bargaining* teria florescido livremente, conferindo aos promotores uma discricionariedade de ação pouco discutida. Conforme BIBAS, apenas em 2010, com o caso, *Padilla vs. Kentucky*, é que a Suprema Corte teria realmente acessado o “mundo real da *plea bargaining*”, indicando o inevitável caminho da regulamentação dessas práticas³⁰².

No período inaugurado pelo já discutido *Brady vs. United States*, a Corte apenas estabeleceu parâmetros mínimos para, em tese, garantir a voluntariedade dos acordos³⁰³. Assim, para a homologação judicial do negócio, seria necessário somente “prevenir a condenação de inocentes”³⁰⁴ com a informação das penas máximas e mínimas comináveis e, como destacado em *North Carolina vs. Alford*, identificar alguma base fática na denúncia inicial³⁰⁵.

Já em 2002, em *United States vs. Ruiz*, enfrentando a questão das *fast-track plea bargains* – procedimentos ainda mais sumários, muito comuns em regiões de fronteira, geralmente envolvendo tráfico de drogas e tendo como uma das possíveis consequências a deportação – a Corte, com base no precedente do próprio *Brady*, afirmou que um acordo é válido mesmo que o acusado erra ou não é informado sobre

²⁹⁹ EASTERBROOK, Frank H. Op. Cit. p. 1978

³⁰⁰ EASTERBROOK, Frank H. Op. Cit. p. 1975

³⁰¹ BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1120

³⁰² BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1137

³⁰³ Discuto a questão da voluntariedade detidamente no próximo capítulo.

³⁰⁴ <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>>

³⁰⁵ <<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/case.html>>>

circunstância relevante (como sua deportação), já que o promotor não seria obrigado a revelar tudo o que tem à disposição:

Ao contrário, essa Corte entendeu que a Constituição, em respeito à ciência do acusado de circunstâncias relevantes, não requer conhecimento completo, mas permite que uma corte aceite um acordo, com a consequente disposição de vários direitos constitucionais, a despeito de várias formas de má compreensão por parte do acusado³⁰⁶.

Nas discussões do caso, contudo, BIBAS identifica, já em *Ruiz*, uma tendência a perceber a realidade da *plea bargaining* – argumentos como a posição desproporcionalmente forte para negociar do promotor seriam evidência disso³⁰⁷.

Essa tendência aguardaria *Padilla* para se mostrar explícita. Nesse caso, a Suprema Corte reconheceu, em movimento aparentemente oposto a *Ruiz*, que, a falha da defesa em informar adequadamente o acusado de que, caso fizesse o acordo, seria deportado, torna o acordo inválido³⁰⁸. A decisão, embora limitada em termos do alcance do que foi concretamente decidido, marcaria uma mudança fundamental especialmente na linguagem da Corte em relação à *plea bargaining*³⁰⁹.

Os acordos são reconhecidos como a regra³¹⁰, e, por isso, mereceriam um regramento próprio, não sendo mais compreendidos como mero reflexo do que é determinado para os julgamentos. Ademais, aos acusados deve ser assegurada a compreensão das consequências dos acordos, sejam elas cíveis ou de outra natureza (como a deportação). Principalmente, sustenta BIBAS, a Corte aceitou, ainda que não expressamente, a natureza mercadológica dos acordos, o que indica um caminho para a regulação desse espaço de livre mercado.

³⁰⁶ Tradução livre de:

“To the contrary, this Court has found that the Constitution, in respect to a defendant’s awareness of relevant circumstances, does not require complete knowledge, but permits a court to accept a guilty plea, with its accompanying waiver of various constitutional rights, despite various forms of misapprehension under which a defendant might labor.” << <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-595.ZS.html>>>.

³⁰⁷ BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1135

³⁰⁸ <<<https://www.law.cornell.edu/supct/html/08-651.ZO.html>>>

³⁰⁹ BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1137

³¹⁰ A Corte destacou, por exemplo, com base nos números do Departamento de Justiça, o percentual de casos penais acertados por acordos: “Pleas account for nearly 95% of all criminal convictions.” <<<https://www.law.cornell.edu/supct/html/08-651.ZO.html>>>

Embora não partam da mesma análise jurisprudencial de BIBAS, autores como ZACHARIAS³¹¹, LIPPKE³¹², ALSCHULER³¹³, SCHULHOFER³¹⁴ e GAZAL-AYAL³¹⁵, todos, concorrem em apontar para a necessidade de balizar a atividade do promotor. A discricionariedade do promotor (*prosecutorial discretion*), na proposição dos acordos, se mostra como o grande alvo desses autores. A julgar pelos resultados obtidos pelos modelos de “tragédia dos comuns” propostos por SAVITSKY³¹⁶, essa orientação é justificada.

A não ser que fique clara a orientação esperada de um promotor diante de situações em que um acordo é possível, com um bem determinado escopo para a *plea bargaining*, é impossível julgar se ação desse promotor é correta ou não³¹⁷.

Ainda assim, a falta de orientação sobre a forma de conduzir um eventual acordo é chocante. Nessa situação, embora pareça normativamente problemática, a analogia entre o consumidor e o acusado se mostra uma solução interessante:

É espantoso que uma compra de um forno micro-ondas de \$100 no cartão de crédito seja regulada mais cuidadosamente do que uma declaração de culpa que resulte em anos de prisão. Não seria preciso muito esforço para estender aos negócios penais a analogia da proteção consumerista. Legislaturas e comissões poderiam vetar certos termos de pronto. Sobretudo, contudo, elas regulariam o proceduralmente o processo de contratação, a fim de assegurar um mínimo de compreensão e assistência³¹⁸.

Como sugerido por LIPPKE, mesmo princípios retributivos poderiam servir para constranger minimamente a lógica de livre mercado. Descontos fixos ou

³¹¹ ZACHARIAS, Fred. C. Op. Cit. p. 1120-1189.

³¹² LIPPKE, Richard L. **Retributivism and plea bargaining**. p. 3-16.

³¹³ ALSCHULER, Albert W. **Sentencing Reform and Prosecutorial Power: A Critique of Recent Proposal for “Fixed” and “Presumptive” Sentencing**. p. 550-577

³¹⁴ SCHULHOFER, Stephen J. **Is plea bargaining inevitable?** p. 1037-1107

³¹⁵ GAZAL-AYAL, Oren. **Partial ban on Plea Bargains**. p. 2295-2351

³¹⁶ SAVITSKY, Douglas. p. 131-167.

³¹⁷ ZACHARIAS, Fred. C. Op. Cit. p. 1123.

³¹⁸ Tradução livre de:

“It is astonishing that a \$100 credit-card purchase of a microwave oven is regulated more carefully than a guilty plea that results in years of imprisonment. It would not take much to extend the consumer protection analogy to plea bargains. Legislatures and rules commissions could forbid some terms outright. Mostly, however, they would regulate the contracting process procedurally to ensure a modicum of understanding and advice”. BIBAS, Stephanos. Op. Cit. p. 1153.

limitados, publicidade dos acordos, justificação do porquê não foi oferecida certa denúncia, reforço do controle judicial se mostram interessantes³¹⁹.

Poderia ser objetado que limitar, de qualquer forma, a liberdade de contratação das partes dos acordos penais retiraria uma de suas maiores forças em termos normativos, qual seja, a autonomia individual dos acusados. Para manter a própria lógica de mercado, contudo, basta responder com as limitações largamente aceitas para o direito contratual³²⁰ ou, caso aceita a analogia de BIBAS, com as limitações ainda mais evidentes do direito consumerista.

Para me utilizar de duas filosofias bastante amigáveis à lógica mercadológica, a própria justificação do direito contratual, em MILL, está na prevenção ou reparação de danos. É ilógico afirmar que a criação de regras e balizas limitam a liberdade, quando a justificção para sua existência está na maximização da liberdade³²¹. De outro lado, como defende Erik LUNA, ainda que a moral do libertarianismo seja propensa à livre contratação, ela estaria mais inclinada a aceitar a negociação entre as partes diretamente envolvidas na situação do que uma negociação entre Estado e acusado, com a imposição da visão do Estado para a justificção da pena³²².

³¹⁹ LIPPKE, Richard L. **Retributivism and plea bargaining**. p. 10-16.

³²⁰ ALSCHULER, Albert. **The Changing Plea Bargaining Debate**. p. 698

³²¹ SHAPIRO, Ian. Op. Cit. p. 82

³²² LUNA, Erik. **Traces of a Libertarian Theory of Punishment**. Marquette Law Review. VI. 91. No 1. p. 263-294

4 O PROMOTOR E O ASSALTANTE

4.1 OBRIGAÇÕES, PERMISSÕES: A QUESTÃO DA VOLUNTARIEDADE DOS ACORDOS

Ao entrar no debate acerca das regras, sejam elas jurídicas ou não, Frederick SHAUER começa por apontar para a clássica distinção entre regras que criam obrigações, regras que criam proibições e regras que criam permissões³²³. Desde logo, contudo, alerta que tais comandos estão longe de ser estanques e não é simples olhar para uma norma expressa em texto e afirmar se há ali uma proibição, uma obrigação ou uma permissão.

Para SHAUER, tal dificuldade é mais facilmente percebida ao levarmos em conta exemplos de normas ditas permissivas e obrigativas. De fato, a mesma ordem textual pode expressar uma obrigação, uma sugestão, um convite ou mesmo uma ameaça, a depender do contexto em que é aplicada:

As permissões podem variar desde a ausência de proibição, passando pela aceitação reticente, até um vigoroso estímulo a uma conduta, e, em verdade, o que é em sua forma é uma permissão pode tornar-se uma obrigação de fato, dado o incentivo suficiente. Uma regra que outorga ao destinatário uma opção de cumpri-la ou não, mas que recompensa o cumprimento com o pagamento de um milhão de dólares, é uma regra em que a opção formal não está disponível na prática. E, assim como as sanções podem converter as permissões formais em obrigações, do mesmo modo podem converter as obrigações formais em opções, obscurecendo a distinção entre um preço e uma penalidade³²⁴.

³²³ SHAUER, Frederick. **Las reglas del juego**. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. p. 64

³²⁴ Tradução livre de:

“Las permisiones pueden variar desde la ausencia de prohibición, pasando por la aceptación reticente, hasta el vigoroso aliento de una conducta, y en verdad lo que en su forma es una permisión puede tornarse en una obligación en los hechos con el incentivo suficiente. Una regla que otorga al destinatario una opción entre cumplirla o no, pero que recompensa el cumplimiento con el pago de un millón de dólares, es una regla en la que la opción formal no está disponible en la práctica. Y así como las sanciones pueden convertir a las permisiones formales en obligaciones, del mismo modo pueden convertir a las obligaciones formales en opciones, oscureciendo la distinción entre un precio y una pena”. SHAUER, Frederick. Op. Cit. p. 66.

Creio que esta ideia serve como ponto de partida interessante para pensar a situação que é criada no momento em que o promotor oferece uma oferta ao acusado. Evidentemente, como adianta o próprio SCHAUER, dizer que identificar a norma expressa por um comando depende do contexto em que é aplicada ou, mais precisamente, de “condições externas às próprias regras”³²⁵, não significa que não haja diferenças significativas mesmo entre uma permissão meramente nominal e uma obrigação claramente formalizada³²⁶. Mesmo que se conclua em dada situação que o benefício oferecido ao acusado foi irrecusável a ponto de se tornar uma obrigação, é difícil dizer que tal acordo é análogo a uma simples imposição de pena.

Justamente por essas circunstâncias é que penso ser importante trabalhar com modelos abstratos dos acordos, a fim de articular o que significam moralmente os atos praticados. Essa operação parece extremamente útil para mostrar a força ou a fraqueza de um argumento muito presente em relação às práticas de negociação penal, qual seja, a afirmação de que os acordos são ilegítimos por apenas nominalmente apresentarem escolha ao acusado, o qual, na prática, seria forçado a aceitar a oferta que lhe é apresentada.

Destaco que os argumentos que serão expostos não levam em conta o que se poderia chamar de funcionamento “aberracional” dos acordos, isto é, casos em que a atuação dos atores foge àquela que declaradamente lhes foi designada. Ficam de fora, por exemplo, questões como o *overcharging*³²⁷, ou as diferentes disposições dos atores em negociar, por influências externas ao procedimento³²⁸.

Isso dito, é comum que defensores explícitos da justiça penal negocial reconheçam, sem muita preocupação com o que afirmam, que, como o acusado sempre pode optar por não acordar, não há sentido em questionar a presença da voluntariedade no aceite por parte do acusado. Implicitamente, isso significa que situações em que um observador externo seria capaz de afirmar que houve coação retirariam a voluntariedade do acordo e, conseqüentemente, o tornariam ilegítimo.

³²⁵ SHAUER, Frederick. Op. Cit. p. 66

³²⁶ Para referências sobre o intercâmbio abstrato entre normas permissivas e obrigativas, ver: ZIMMERMAN, David. **Coercive Wage Offers**. p. 121-145; LYONS, Daniel. **Welcome Threats and Coercive Offers**; NOZICK, Robert. **Coercion**. In: MORGENBESSER, White (ed.). **Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel**. p. 440-472; WESTEN, Peter. **“Freedom” and “Coercion”** - Virtue words and vice words.

³²⁷ Ver, especialmente: ALSCHULER, Albert. **The prosecutor’s role in the plea bargaining**. p. 50-112

³²⁸ Como no caso da desconfiança no sistema de justiça por parte da população negra: SAVITSKY, Douglas. **Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system**. p. 131-167.

Nesse sentido, apenas a título de ilustração:

Deve-se considerar que a involuntariedade existirá quando não houver qualquer possibilidade de escolha por parte de quem tem de agir e/ou omitir, pois os fenômenos acontecerão de qualquer forma, como ocorrem em situações nas quais a pessoa encontra-se completamente fora do domínio de qualquer escolha (no caso das compulsões psicológicas irresistíveis, porque se está fora do domínio racional de escolha). Também quando o indivíduo tem a devida compreensão da escolha; porém, há uma força externa que impõe uma resposta, como no caso da coação imposta entre a vida e o dinheiro, por exemplo, em que há uma alternativa desagradável como forma de não acontecimento de uma outra infinitamente mais gravosa, o que torna a escolha involuntária³²⁹

O exemplo utilizado por BRANDALISE para se referir a uma situação de involuntariedade não poderia vir mais a calhar nesse momento. Chamo a atenção para o fato de que soa como mero truísmo dizer que, também no caso de um acordo penal, o acusado encontra-se diante de *“uma alternativa desagradável como forma de não acontecimento de uma outra infinitamente mais gravosa”*. Ora, se o promotor oferece uma pena baixa como alternativa à não recomendação de uma pena alta, por exemplo, a situação, excluídos quaisquer outros elementos relevantes, é análoga à utilizada para descrever uma escolha involuntária.

Em ambas as situações, no caso do assaltante que pede dinheiro em troca de não tirar a vida, bem como no caso promotor que baixa a pena em troca de não recomendar a pena mais severa, os ofertados (vítima e acusado) devem escolher entre um pequeno mal certo (perda do dinheiro e pena baixa) e um grande mal incerto (vida ou pena alta).

Apresento e discuto, na sequência, a forma como a analogia entre o assaltante e promotor vem sendo utilizada como fio condutor no debate acerca da voluntariedade dos acordos penais.

³²⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada**: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes. p. 48

4.2 PLEA BARGAINING E SEU ELEMENTO COATIVO: O ARGUMENTO DE KIPNIS

A analogia entre o assaltante e o promotor quanto às consequências morais das propostas que ambos oferecem está longe de ser nova. Ela serviu, em verdade, para fomentar uma interessante discussão filosófica, a qual gira em torno da (in)voluntariedade como elemento essencial dos acordos penais. Seu marco inicial pode ser apontado em um curto, mas bastante provocativo artigo de Kenneth KIPNIS³³⁰, datado de 1976, período subsequente às decisões dos casos *Brady vs. US* e *North Carolina vs. Alford* (quando a Suprema Corte americana julgou como constitucional a prática da *plea bargaining*), em que as discussões de cunho moral sobre os acordos parecem ter atingido seu auge.

KIPNIS, após reconhecer que a *plea bargaining* tem relação imediata com práticas de mercado, afirma ser um caminho inevitável analisá-las sob a ótica de contratos e mesmo “sob as cores da proteção consumerista”³³¹. Nesse passo, KIPNIS afirma que uma das características centrais dos contratos é, para reputá-los válidos, a necessidade de exarar um juízo negativo sobre a presença de quaisquer vícios de voluntariedade.

Voltando sua atenção para as práticas de negociação penal, KIPNIS afirma ser possível enxergar um elemento coercitivo inevitável. E, tomando o caso do assalto (é dizer, a situação na qual uma vítima é abordada com o seguinte dizer <<sua bolsa ou sua vida>>) como paradigma de uma decisão sob coação, passa a analisar as semelhanças e diferenças com relação às ofertas do promotor frente ao acusado:

Tanto o assaltante como o promotor exigem das pessoas difíceis decisões entre uma imposição menor muito certa e uma imposição maior incerta. Na situação do assaltante, eu devo escolher entre a muito certa perda do meu dinheiro e a difícil de calcular probabilidade de que meu agressor está disposto e apto para me matar caso eu resista. Como acusado, sou forçado a escolher entre a muito certa imposição de uma pena menor e uma pena substancialmente maior, cuja probabilidade é difícil de calcular. Na medida em que o tamanho da imposição menor diminui e em que a probabilidade da imposição maior cresce, torna-se mais e mais razoável optar pela primeira³³².

³³⁰ KIPNIS, Kenneth. **Criminal Justice and the negotiated plea**. p. 93-106.

³³¹ KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 96. Esta ideia, que é apenas sugerida por Kipnis, ganha muita força em décadas posteriores. Como discutido, ela é a tese central de Bibas.

³³² Tradução livre de:

Creio ser muito clara a proximidade do raciocínio de KIPNIS com a ideia de SHAUER, em relação à lógica das regras. A mesma situação, é dizer, a oferta do promotor em relação ao acusado, pode significar uma permissão para transigir o direito ao procedimento pleno de defesa ou uma verdadeira obrigação em fazê-lo, sob pena do acusado agir irracionalmente.

Contudo, a mera constatação de que o promotor, de fato, impõe ao acusado uma escolha entre uma ação racional e uma absurda é suficiente para afirmar que os acordos realizados sob coação? Ou, de forma mais direta e para me utilizar de um contundente crítico do raciocínio de KIPNIS, essa constatação faz com que (1) sejam involuntárias e por isso ilegítimas em um sentido legal (sob coação, por exemplo) e (2) sejam involuntárias e por isso contrariem princípios razoavelmente aceitos para orientar políticas sociais³³³?

Em KIPNIS, essas questões merecem respostas positivas óbvias, como demonstra em seu posterior artigo, já em resposta às primeiras críticas que recebeu³³⁴. Penso que tais conclusões são apressadas. De fato, o próprio KIPNIS, na sequência de seu ***Criminal Justice and the negotiated plea***, passa a uma argumentação distinta, muito mais atinente ao debate acerca da compatibilidade das práticas de negociação com os objetivos aceitos para o sistema de justiça criminal e, em última análise, com a ideia de que a pena só se justifica com relação ao merecimento individual do acusado. Se tendo a concordar com essa direção tomada por KIPNIS em relação às críticas à *plea bargaining* (penso ser impossível pensa-la sem referência às justificações da pena), não há relação direta entre argumentos dessa natureza com argumentos pertinentes a enfrentar a questão da (in)voluntariedade dos acordos.

"Both the gunman and the prosecutor require persons to make hard choices between a very certain smaller imposition and an uncertain greater imposition. In the gunman situation I must choose between the very certain loss of my money and the difficult-to-asses probability that my assailant is willing and able to kill me if I resist. As a defendant I am forced to choose between a very certain smaller punishment and a substantially greater punishment with a difficult-to-asses probability. As the size of the certain smaller imposition comes down and as the magnitude and probability of the larger imposition increases, it becomes more and more reasonable to choose the former". KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 96.

³³³ PHILIPS, Michael. **The question of voluntariness in the plea bargaining controversy:** a philosophical clarification. p. 207-208

³³⁴ KIPNIS, Kenneth. **A Critic's Rejoinder.** Law & Society Review. VI. 13. 1979

No fundo, todo o raciocínio de KIPNIS, quando afirma que a *plea bargaining* possui um insuprível elemento coativo, foi competentemente resumido por GORR:

1. “Concordar” com a proposta do Promotor de assumir a culpa em troca de uma sentença mais leniente é análogo, em todos os aspectos morais relevante, a “concordar” com entregar seu dinheiro ao Assaltante em troca dele poupar sua vida.
2. Um aspecto moralmente relevante do acordo com o Assaltante é que ele deveria ser invalidado³³⁵ porque é produto de coação e, portanto, involuntário. Logo,
3. O acordo proveniente da *plea bargaining* também deve ser invalidado porque é produto de coação e, portanto, involuntário³³⁶.

Se, certamente, a intuição de KIPNIS, ao ressaltar a proximidade da posição do acusado ao qual é ofertada uma proposta de acordo penal com aquela de uma pessoa diante de um ato de coação, proporcionou uma importante direção para debater a voluntariedade desses acordos, sua omissão quanto às implicações de seu próprio raciocínio faz com que seja necessário apresentar argumentos diversos.

Um caminho interessante para aprofundar a questão é sugerido no próprio argumento de KIPNIS, embora não seja ali levado a fundo. Como visto, KIPNIS, após concluir que a *plea bargaining* possui uma relação próxima com as práticas usuais de negociação comercial e, por isso, pode ser lida sob a ótica do direito contratual. Tal caminho, contudo, é empregado por Alan WERTHEIMER, em dois artigos praticamente contemporâneos entre si³³⁷, ambos em resposta a KIPNIS.

³³⁵ A tradução de “*unenforceable*” é bastante problemática.

³³⁶ Tradução livre de:

“1. “*Agreeing*” to Prosecutor’s proposal that you plead guilty in return for a more lenient sentence is analogous, in all morally relevant aspects, to “*agreeing*” to surrender your money to Gunman in return for his sparing your life.

2. A morally relevant feature of the agreement with Gunman is that it should be *unenforceable* because it is the product of duress and hence not voluntary.

So,

3. The *plea bargaining* agreement should also be *unenforceable* because it too is the product of duress and hence not voluntary.” GORR, Michael. **The morality of plea bargaining**. p. 131.

³³⁷ WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court**. p. 203-234; WERTHEIMER, Alan. **The prosecutor and the gunman**. p. 269-279

4.3 COAÇÃO SOB UM SENTIDO JURÍDICO: O ARGUMENTO DE WERTHEIMER

A primeira orientação de WERTHEIMER é a necessidade de se encontrar uma adequada concepção de *coação (duress)*³³⁸. Sem essa concepção, dizer que um (a) acordo foi realizado sob coação e, portanto, (b) foi involuntário e, portanto, (c) deve ser reputado inválido (como é o raciocínio de KIPNIS), torna-se vazio de sentido.

A conclusão de que é necessária a formulação de uma concepção de coação capaz de orientar a análise, em abstrato, da voluntariedade dos acordos decorre de um raciocínio simples. Para além de ser um dos argumentos mais utilizados por defensores da justiça negocial³³⁹, a ideia de voluntariedade como elemento indispensável para a validade dos acordos foi expressamente posta à frente pela Suprema Corte Americana (lembro que tanto WERTHEIMER como KIPNIS escrevem em subseqüentes às manifestações da Corte que afirmaram a constitucionalidade da *plea bargaining*).

Ora, a Constituição americana prevê, em suas quinta³⁴⁰ e sexta³⁴¹ emendas, respectivamente, o direito de não se auto incriminar e o direito de julgamento por júri em todos os processos criminais. Ao aceitar o acordo, o acusado abre mão de ambos esses direitos, é dizer, assume a responsabilidade pelo fato pelo qual é acusado (ou ao menos não o contesta) e aceita a imposição de consequências criminais sem o julgamento por júri. Nesse caso, haveria uma violação manifesta da Constituição americana caso os acordos entre acusação e defesa fossem realizados

³³⁸ WERTHEIMER, Alan. **The prosecutor and the gunman**. p. 271

³³⁹ Ver a extensa argumentação, por vezes muito confusa, de Brandalise: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Op. Cit. p. 42-56

³⁴⁰ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (destaque meu); (disponível em: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)

³⁴¹ “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.” (destaque meu); (disponível em: http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)

involuntariamente. A isso se convencionou chamar de *princípio da voluntariedade* (*voluntariness principle*)³⁴².

Este princípio não pode, contudo, ser desligado do contexto em que é aplicado. Na realidade americana, parece haver tão pouco sentido falar em um direito cujo exercício seria penalizado como em um direito cujo titular não possa dele dispor³⁴³:

Um direito do qual uma pessoa pudesse ser induzida a renunciar involuntariamente dificilmente seria sequer um direito. Agora, proteger os direitos de X muitas vezes requer não apenas que se permita a X o exercício desses direitos, mas também que se permita a X renunciá-los, respeitando sua capacidade de decidir quando essa renúncia de direitos é apropriada. Um direito a que X não pudesse renunciar se aproxima mais de uma obrigação do que de um direito³⁴⁴.

WERTHEIMER, provocativamente, afirma que, diante desse princípio, para concluir pela constitucionalidade da *plea bargaining*, a Suprema Corte americana deveria responder a complicados problemas filosóficos: que tipo de concepção deveria ser fornecida (problema meta-conceitual); qual a concepção de voluntariedade (problema conceitual); e sob quais condições os acordos penais seriam involuntários (problema legal)³⁴⁵.

Algumas respostas poderiam ser esboçadas, a exemplo de uma concepção completamente empírica (ainda que de difícil, senão impossível verificação) – voluntário seria aquele ato livre de determinações externas – ou de uma análise pela ausência de penalidade – involuntário seria aquele ato cujas consequências fossem prejudiciais ao sujeito que com ele aquiesce³⁴⁶.

³⁴² WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court**. p. 203.

³⁴³ Se essa concepção de direito é compatível ou não com a tradição brasileira não é minha preocupação neste espaço.

³⁴⁴ Tradução livre de:

“A right which a person could be induced to waive involuntarily would hardly be a right at all. Now protecting X’s rights often requires not only that we allow X to exercise those rights, but also that we allow X to waive them and that we respect X’s capacity to decide when such rights waivers are appropriate. A right that X could not waive may seem more like an obligation than a right”.

WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 217.

³⁴⁵ WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 205.

³⁴⁶ WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 209-214.

Julgando ser um caminho menos problemático, contudo, WERTHEIMER toma emprestada a ideia legal de coação, isto é, aquela utilizada na argumentação jurídica americana, assim resumida:

Essa concepção sustenta que dizer que A compele B a aceitar fazer X sob coação implica fazer duas afirmações: (1) B deve ser psicologicamente compelido a fazer X; e (2) deve ser errado A psicologicamente compelir B a fazer X. Podemos dizer que valorações sobre coação envolvem um teste dúplice: um teste psicológico (que se aplica a B) e um teste moral (que se aplica a A)³⁴⁷.

Evidentemente, essa concepção de coação não é única imaginável³⁴⁸ e pode muito bem ser contestado se a escolha de WERTHEIMER de utiliza-la para avaliar a voluntariedade acordos penais é correta. Se aceitarmos a afirmação de que as práticas de negociação penal se aproximariam das práticas de negociação em geral, contudo, parece mais do que razoável tomar como base de análise uma concepção própria do direito civil contratual. Afinal, seja na posição conciliadora de MacCORMICK³⁴⁹, seja na concepção abertamente moralizada de DWORKIN³⁵⁰, a argumentação jurídica sempre recai sobre concepções disputáveis, mas sobre as quais a proximidade ou a pertinência ao ramo em análise tem um peso importante.

Parece-me interessante notar que a concepção de coação apontada por WERTHEIMER é muito próxima daquela usualmente adotada na argumentação jurídica brasileira. A ideia dúplice de que coação, em termos jurídicos, significa um vício de vontade provocado pela limitação *injusta* do poder de decidir por conta de uma *pressão psicológica externa* sobre o coagido encampa muito bem o que autores de direito civil brasileiro assumem como algo não problemático.

³⁴⁷ Tradução livre de:

"This account holds that to say that A compels B to agree to do X under duress is to make two claims: (1) B must be psychologically compelled to do X; and (2) it must be wrong for A to psychologically compel B to do X. We may say that assessments of duress involve a two-pronged test: a psychological test (which applies to B) and a moral test (which applies to A)" WERTHEIMER, Alan. **The prosecutor and the gunman**. p. 271.

³⁴⁸ Ver, por exemplo, o excelente verbete <Coercion> na enciclopédia Plato: ANDERSON, Scott, "Coercion". ZALTA, Edward N. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2015 Edition). <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/coercion/>>.

³⁴⁹ MacCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. p. 161-190

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. p. 45-86; 225-275

Assim, por exemplo, com base no texto do art. 151 do Código Civil brasileiro, um autor elenca como requisitos da coação a (a) ameaça como causa determinante do ato; (b) temor de dano; e (c) que esse temor seja fundado e injusto³⁵¹.

Adotada esta ideia, torna-se evidente que a premissa de KIPNIS, de que a escolha do acusado, por conta da atuação do promotor, seria mitigada não é capaz de levar à conclusão por ele apontada, de que os negócios penais seriam invariavelmente realizados sob coação, na forma da analogia do promotor com o assaltante. Isso porque, ainda que o acusado tenha sido psicologicamente compelido a aceitar o acordo, nada ainda foi dito sobre a justiça ou correção da ação do promotor.

Nos termos do teste dúplice de WERTHEIMER para constataremos uma situação de coação, foi superado o teste (1) psicológico, mas não o teste (2) moral. E, evidente, não se pode dizer que o a ação do promotor é errada *porque* ele coage o acusado a aceitar o acordo. Afirmação desse tipo seria simplesmente circular³⁵².

4.4 O TESTE MORAL: É INJUSTA A AÇÃO DO PROMOTOR?

Três ordens de argumentos poderiam ser imaginadas para responder adequadamente ao segundo teste. Se o objetivo de KIPNIS é manter a analogia entre o promotor e assaltante, tal caminho é inevitável.

a) A formas assumidas pelas propostas do promotor e do assaltante

A primeira delas é a mais crua e a menos produtiva (ao menos para a discussão presente): haveria uma diferença importante na forma de comunicação da proposta do assaltante para a proposta do promotor³⁵³. O primeiro realiza uma proposta imediata, com variáveis níveis de violência física para com a vítima, e espera uma resposta de pronto. A proposta do promotor, por sua vez, é realizada por meio

³⁵¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. p. 516; em sentido, semelhante, ver: TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. p. 230-233

³⁵² WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 271

³⁵³ WERTHEIMER, Alan. Op. Cit. p. 274.

de um procedimento razoavelmente formalizado, com diversas mediações imagináveis – presença de defesa técnica, possibilidade de contraproposta e tempo razoável de resposta parecem ser as mais importantes. Para me utilizar de uma noção interessante de Paul RICOEUR³⁵⁴, ao serem inseridas num contexto procedimental, mesmo que se assumam com o objetivo de encurtar o tempo do processo ou mesmo poupar recursos, as práticas de negociação penal parecem manter a pretensão de dissociarem-se da violência imediata.

Algumas situações concretas são capazes de ilustrar esse modo de pensar. Em dois casos paradigmáticos que chegaram à Suprema Corte americana, o tipo de pressão alegadamente exercida sobre os acusados poderia ser tomado como semelhante àquela exercida pelo assaltante sobre sua vítima, em razão de circunstâncias concretas. Em *Brady vs. United States*, o acusado (então recorrente), afirmou que apenas acatara a proposta do promotor por conta da gravidade da pena, já que o crime de que era acusado era passível de ser apenado com a pena capital. A validade do acordo foi mantida, mesmo com a posterior declaração de inconstitucionalidade da pena de morte para o crime em questão. Em *North Carolina vs. Alford*, a situação é ainda mais paradoxal. O acusado afirmou que aceitara o acordo exclusivamente por medo da morte, mas manteve a declaração de que era inocente. O caso deu origem à chamada “*Alford plea*”, situações nas quais o acusado aceita a pena imposta, mesmo declarando-se inocente³⁵⁵.

WERTHEIMER³⁵⁶ nota ainda que essa ordem de argumentos foi posta à frente pela Suprema Corte americana no mesmo caso *Brady vs Us*. A Corte ressaltou que uma das razões pelas quais o acordo firmado pelo acusado não poderia ser considerado involuntário foi o fato de que não houve “ameaças face-a-face”. Logo, implicitamente, a Corte estaria fazendo uma distinção entre ameaças imediatas, como a do assaltante e ameaças mediatas, como usualmente é a do promotor.

De toda sorte, enveredar por essa ordem de argumentos parece implicar se afastar demais da ideia inicial em que se insere a polêmica KIPNIS-WERTHEIMER. Para demonstrar, por exemplo, que a analogia entre promotor e bandido se mantém mesmo admitidas as diferenças na forma de comunicação das duas propostas seria

³⁵⁴ RICOEUR, Paul. **Justiça e vingança**. In: RICOEUR, Paul. **O justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. p. 251-260.

³⁵⁵ Para interessantes análises desses e outros casos concretos, ver: DA CRUZ, Flavio Antônio. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. p. 169-179

³⁵⁶ WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court**. p. 227-228

necessário baixar a um nível de concretude suficiente para demonstrar que o funcionamento dos negócios penais mantém um elemento significativo de violência simbólica, cujos efeitos criariam uma imoralidade na ação do promotor. Nesse ponto, imagino que uma etnografia das práticas de negociação se mostraria extremamente frutífera³⁵⁷.

b) A diferença entre ofertas e ameaças

A segunda direção é muito frequente em discussões acerca dos negócios penais e exige um exame mais detido. Trata-se de buscar estabelecer uma diferença abstrata entre *ofertas* e *ameaças*. Em princípio, ofertas seriam consideradas moralmente aceitas como rota de ação por parte do promotor. Ameaçar o acusado, por outro lado, esbarraria no teste moral e, portanto, constada uma ameaça do promotor em relação ao acusado seria possível constatar uma situação de coação, violadora do referido *princípio da voluntariedade*.

O argumento, em síntese, poderia ser assim descrito: a distinção entre ameaças e ofertas é relevante pois, enquanto ameaças pioram a situação do recipiente, e, portanto, são geralmente coercitivas, ofertas melhoram essa situação, e, portanto, sua aceitação é voluntária³⁵⁸.

Uma resposta preventiva seria insistir no raciocínio do qual parti. Se a natureza de uma regra depende do contexto em que é aplicada, conforme SHAUER e KIPNIS³⁵⁹ sustentam, as situações de ameaça e oferta seriam intercambiáveis e, portanto, apenas uma análise caso a caso das negociações entre acusação e defesa poderia oferecer a base necessária para avaliar a correção moral dos acordos

³⁵⁷ Para propostas de etnografias dos acordos, com marcantes diferenças entre si, ver: MAYNARD, Douglas W. **Narratives and narrative structure in plea bargaining**; ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**. Uma pesquisa empírica em Juizados Especiais Criminais no Rio de Janeiro.

³⁵⁸ WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court**. p. 212.

³⁵⁹ Kipnis, inclusive, expressamente recorre a esse argumento:

“No is it legitimate to distinguish the prosecutor from the gunman by saying that, while the gunman is threatening harm unless you hand over the cash, the prosecutor is merely promising benefits if you enter a guilty plea. For, in the proper context, threats and promises may be untranslatable. Brandishing his pistol, the holdup man may promise to leave me unharmed if I hand over the cash. Similarly, the prosecutor may threaten me to ‘throw the book’ at me if I do not plead guilty to a lesser charge. In the proper context, one may be compelled to act by either for of words”. KIPNIS, Kenneth. **Criminal Justice and the negotiated plea**. p. 100.

decorrentes. Ocorre que não é esta a conclusão emanada por KIPNIS e, mais uma vez, descer a este nível de concretude foge das expectativas a que me proponho neste momento.

A fim de sustentar uma distinção relevante entre ofertas e ameaças, seria necessário decidir qual a posição base (*baseline position*) de avaliação. Parece correto assumir que, dada esta posição base, caso a situação do ofertado piore, haveria uma ameaça. De outra parte, dada a mesma posição base, caso a situação melhore, a proposta configuraria uma oferta.

É exatamente com esses termos que trabalha WERTHEIMER:

Promessas são geralmente distinguidas de ameaças pela referência à posição base do ofertado. Se o aceite da proposta é preferível à posição base, a proposta é uma promessa, se a posição base é preferível ao aceite da proposta, a proposta é uma ameaça. Como se vê, apontar a posição base do ofertado pode envolver complexos julgamentos fáticos e morais³⁶⁰.

A mesma ideia está presente em GORR, para quem ameaças se diferenciam de ofertas por piorarem a situação do sujeito recipiente, em relação ao *status quo*, caso este não haja conforme a vontade do proponente³⁶¹.

Se aceito, portanto, que a correição da proposta do promotor depende do estabelecimento da distinção entre oferta e ameaça – a primeira seria moralmente correta e, portanto, descartaria a existência de coação, já a segunda seria moralmente condenável e, portanto, evidenciaria coação por parte da acusação –, sou obrigado a apontar qual a posição base para avaliar a situação do acusado.

Ao discutir as diferenças moralmente relevantes entre ofertas e ameaças, Harry FRANKFURT³⁶² aponta justamente para o exemplo do promotor que oferece um acordo. Na situação imaginada, o promotor afirma que pedirá a aplicação da pena de morte ao acusado, mas, caso haja uma admissão de culpa (*guilty plea*), pedirá uma

³⁶⁰ Tradução livre de:

“Promises are usually distinguished from threats by referring to the recipient’s baseline position. If acceptance of the proposal is preferable to the recipient’s baseline, the proposal is a promise; if the recipient’s baseline is preferable to acceptance of the proposal, the proposal is a threat. Fixing the recipient’s baseline, it turns out, can involve complex factual and moral judgements”. WERTHEIMER, Allan. **The prosecutor and the gunman**. p. 275.

³⁶¹ GORR, Michael. Op. Cit. p. 134

³⁶² FRANKFURT, Harry. **Coercion and Moral Responsibility**. In: HONDERICH, Ted. **Essays on Freedom of Action**. 2ª ed. New York, 2015. p. 69

pena substancialmente mais branda. Para FRANKURT, trata-se sem dúvida de uma ameaça, e não uma oferta. É que a distinção entre ofertas e ameaças se basearia na análise do que ocorreria sem a intervenção do proponente – no caso, do promotor.

Claramente, tal avaliação depende da resposta que dou à pergunta sobre quem é responsável por criar a situação que gerou a proposta. Se digo que é o acusado, a posição base de avaliação é posterior à acusação e, dadas as recompensas geralmente prometidas nos acordos, resta claro que a proposta só pode melhorar a situação do acusado. Logo, se entendo que o acusado é quem cria a situação, a proposta do promotor é uma oferta.

Se digo que é o próprio promotor quem cria a situação, o raciocínio é diametralmente oposto. Nesse caso, a posição base de avaliação migra para um momento anterior à acusação e, dado que nesse momento a posição do acusado é de liberdade plena, qualquer proposta, por mais vantajosa que pareça, só pode piorar sua situação.

Apesar de não o expressar, este raciocínio fica implícito mesmo em KIPNIS. Ao comparar a situação entre o promotor e acusado com aquela entre um médico e um paciente cuja vida depende de uma intervenção imediata, KIPNIS deixa claro que definir a posição base da avaliação depende de quem se considera responsável pela criação da situação³⁶³.

Enquanto a condição do paciente é prévia a qualquer intervenção do médico, a condição do acusado é desenhada após a intervenção do promotor. Nesse caso, tanto o promotor que oferece um acordo após acusar, como o assaltante que pede a bolsa após ameaçar matar seriam responsáveis pela situação criada.

Contudo, o que efetivamente leva a situar a posição base do acusado a quem o promotor oferece um acordo se mantém sem explicação. Em KIPNIS, a resposta passa por um argumento muito sugestivo de sua concepção de justiça criminal: se levarmos a sério a ideia de presunção de inocência, a posição base para analisar se a situação do acusado melhora ou piora só pode ser apontada em momento anterior à proposta do promotor³⁶⁴.

A ideia, penso, tem força e vai ao encontro de uma concepção interessante de presunção de inocência. Ora, optar por tratar todos os acusados e investigados é uma escolha, uma escolha política. Trata-se de uma escolha carregada de uma

³⁶³ KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 100

³⁶⁴ KIPNIS, Kenneth. Op. Cit. p. 101

ideologia que, acertadamente, desconfia da ação do Estado e procura guarnecer o indivíduo – nada mais caracteristicamente liberal, por óbvio.

Conforme FERRAJOLI, que escreve com lastro em teóricos liberais clássicos:

Nesse sentido, o princípio de jurisdicionalidade – ao exigir em seu sentido estrito que não haja julgamento sem que a acusação seja submetida a prova e a refutação – postula a *presunção de inocência* do imputado até a prova em contrário, sancionada pela sentença definitiva de condenação. (...) A culpa e não a inocência deve ser demonstrada; e a prova da culpa – e não da inocência, a qual se presume desde o princípio – é o que forma o objeto do julgamento. Esse princípio fundamenta de civilidade é fruto de uma opção garantista em favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive ao preço da impunidade de algum culpado³⁶⁵.

Implícita nessa conotação está a ideia de que a presunção de inocência comporta uma opção política, mas também e mais concretamente, uma regra de julgamento e de tratamento daquele submetido ao juízo criminal³⁶⁶.

Significa dizer que, até ser desconstituída a proteção conferida pela presunção de inocência, o que é possível exclusivamente por uma sentença condenatória dotada de definitividade, o acusado deve ser tratado da mesma maneira que um inocente.

Isso, entretanto, necessariamente implica, como quer KIPNIS, em definir a posição base de avaliação dos acordos penais? É certo que há inúmeras aporias no tratamento da situação do acusado ao longo do processo. Basta citar as diversas obrigações que podem criadas para o sujeito que é acusado de algum crime, às quais os demais cidadãos não estão sujeitos. Desde restrições patrimoniais até a drástica prisão processual, é evidente – materialmente – que a situação de ser suspeito da prática de um crime é capaz de alterar o tratamento conferido ao sujeito, mesmo que ainda seja reputado inocente.

³⁶⁵ Tradução livre de:

“En este sentido el principio de jurisdicionalidad – al exigir en su sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación – postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. (...) La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa – y no de la inocencia, que se presume desde el principio – la que forma el objeto del juicio. Este principio fundamental de civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. p. 549.

³⁶⁶ A mesma ideia está presente em: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Proceso Penal**. p. 57

O texto constitucional brasileiro, por exemplo, condiciona explicitamente o reconhecimento da culpa ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, marco que separaria claramente a diferença entre o tratamento entre acusados e inocentes: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (art. 5º, LVII, da Constituição da República). O mesmo documento, aparentemente sem enxergar qualquer contradição, trata, no mesmo artigo, de hipóteses de prisões anteriores ao trânsito em julgado (de inocentes, portanto): *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente...”* (art. 5º, LXI, da Constituição da República).

São por demais relevantes os estudos que demonstram os limites dessa construção³⁶⁷, especialmente por apontarem como a concepção usualmente adotada para a concretização de princípios atinentes à justiça criminal acaba por contradizer o conteúdo desses mesmos princípios. No entanto, se considerarmos a facilidade com que o tratamento diferenciado entre inocentes não acusados e inocentes acusados é (pretensamente) justificado, a posição de KIPNIS passa longe de ser óbvia e conclusiva.

Afinal, se majoritariamente não se percebe quaisquer problemas em justificar a prisão de inocentes, não é a alocação da posição base para avaliar se a proposta do promotor piora ou melhora a situação do acusado que causará espanto.

Embora pessoalmente tenda a ver na ideia de KIPNIS uma coerência muito maior com qualquer concepção de presunção de inocência dotada de algum sentido, não surpreende que ela seja concebida como “exagerada”.

Vai nesse sentido, aliás, a resposta oferecida por WERTHEIMER:

Não creio que essa tentativa de desacreditar a distinção entre promessa e ameaça é bem-sucedida, porque Kipnis se apoia demais na presunção de inocência. A presunção de inocência é um princípio procedimental: ela fica o ônus da prova; ela requer que um acusado não seja punido até que seja devidamente condenado. Se presumimos (em um sentido forte ou substancial) que acusados fossem realmente inocentes, não teríamos como justificar leva-los a julgamento, exigir fiança ou prendê-los no lugar da fiança. Em verdade, se um promotor acusa alguém, esperamos que ele tenha razoável certeza da culpa do acusado. Não estou afirmando que, para compreender a posição base do acusado, devamos assumi-lo como culpado.

³⁶⁷ A título de exemplo: FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 551-555; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar.**

Entretanto, parece razoável assumir a posição base do acusado como *posterior à acusação*³⁶⁸.

KIPNIS poderia perfeitamente responder que, de fato, assumida uma concepção forte de presunção de inocência, dificilmente seriam justificadas grande parte das medidas exercidas sobre os acusados, sem que seu argumento perdesse nenhuma força. Em nenhum momento pareceu ser essa sua intenção, contudo. KIPNIS não está argumentando contra as prisões processuais, por exemplo, mas sim fornecendo um argumento pela presença de elementos coativos nas práticas de negociação penal.

Se a concepção “procedimental” de presunção de inocência de WERTHEIMER merece críticas, ela é precisa em demonstrar como a distinção entre ameaça e oferta esbarra em um impasse. Isto é, ela é pouco ou nada produtiva para afirmar ou refutar a presença de coação na proposta do promotor, assim como pouco ou nada produtiva para afirmar ou refutar a analogia entre o promotor e o assaltante.

c) O direito do promotor

Os dois caminhos anteriormente tomados demandaram uma explicação razoavelmente complexa, apontavam para questões externas muito interessantes – se o funcionamento concreto dos sistemas criminais é capaz de se dissociar significativamente da violência imediatamente percebida na ação do assaltante e se, a depender da concepção de presunção de inocência adotada, muito do que vemos como funcionamento regular desses sistemas não quedaria sem justificção –, mas não forneceram resposta para o problema que aqui me propus a enfrentar.

³⁶⁸ Tradução livre de:

“I do not believe that this attempt to defuse the threat-promise distinction succeeds, because Kipnis builds too much into the presumption of innocence. The presumption of innocence is a procedural principle: It fixes the burden of proof; it requires that a defendant shall not be punished until he is duly convicted. If we presume (in a strong or substantive sense) that defendants were actually innocent, we would not be justified in placing them on trial, requiring bail, or detaining them in lieu of bail. In fact, if a prosecutor brings charges, we expect him to be reasonably sure that the defendant is guilty. I am not arguing that in attempting to understand Defendant’s baseline, we should assume that Defendant is guilty as charged. However, it does seem reasonable to understand Defendant’s baseline as subsequent to accusation”. WERTHEIMER, Allan. Op. Cit. p. 276.

O terceiro caminho é o mais simples. Justamente por isso, e pela proximidade com o que chamei, com WERTHEIMER, de teste dúplice para a verificação de uma situação de coação, parece ser o mais promissor.

Lembro que foi definido, razoavelmente, que toda coação só poderia ser verificada após passar um teste de duas vias, a primeira empírica e a segunda moral. Enquanto a primeira exigiria uma ação externa que efetivamente alterasse a ação de um sujeito, a segunda só seria superada caso se reputasse haver *injustiça* nessa ação externa.

O grande problema do argumento de KIPNIS, como visto, é sua circularidade, consubstanciada na falha em demonstrar porque o fato de o promotor forçar o acusado a uma escolha difícil (entre uma pena grande incerta e uma pena menor incerta) seria moralmente errado.

Em face disso, uma resposta aparentemente óbvia é a de que, ao contrário do assaltante, o promotor tem pleno direito de apresentar uma proposta de acordo. Vale lembrar que, quando KIPNIS e WERTHEIMER se referem ao direito contratual, obrigatoriamente, para falarem em coação, pensam na existência de um ilícito na ação do assaltante – justamente por isso, não há que se falar em validade de sua ameaça à vítima, a qual tem o direito de exigir a devolução de seu dinheiro. O que está em disputa é a licitude na ação do promotor que oferece um acordo ao acusado.

Admitindo que a tentativa de distinguir ofertas e ameaças acaba por esbarrar num impasse pouco produtivo, WERTHEIMER aponta exatamente para esse argumento, que, ao seu ver, desmonta por completo a analogia proposta por KIPNIS:

Ademais, ao migrar para a discussão sobre o que o promotor tem direito de fazer, a fraqueza do argumento e da analogia de Kipnis é demonstrada. Seguindo Kipnis, discutamos primeiro os direitos legais do promotor. Assumindo uma perspectiva positivista, se entendermos os direitos legais do promotor como aquilo que as cortes dizem o que ele pode fazer, então Kipnis está claramente equivocado. Como o médico, o promotor tem um direito bem estabelecido de fazer sua proposta. Assumindo uma perspectiva menos positivista, é possível ler Kipnis como afirmando que, apesar das (erradas) decisões das cortes, o promotor não tem o direito de negociar, por que a *plea bargaining* é inconstitucional. (...) Se Kipnis está errado como positivista, ele é circular como não positivista³⁶⁹.

³⁶⁹ Tradução livre de:

“Moreover, in moving to a discussion of what Prosecutor has a right to do, the fundamental weakness of Kipnis’s argument and analogy is laid bare.

Abstraindo do entendimento de WERTHEIMER acerca do que qualifica uma leitura positivista do direito³⁷⁰, seu argumento é muito forte. Ora, é evidente que, ao afirmarem rotineiramente que os acordos penais são válidos, as cortes conferem aos promotores uma autorização para realiza-los.

Curiosamente, essa mesma linha argumentativa está presente em HOBBS quanto à validade de acordos realizados sob efeitos:

É verdade que, no Estado Civil (*Common-wealth*) uma vez instituído ou adquirido, promessas decorrentes do medo da morte ou de violência, não formam pactos, nem obrigam, quando a coisa prometida é contrária às Leis; mas a razão não referente ao medo, mas sim ao fato de aquele que prometeu não tinha direito à coisa prometida³⁷¹.

Isso não significa que todos os acordos são válidos. Significa dizer que, em termos gerais e, se seguidos os parâmetros juridicamente ditados aos promotores, não haveria em que se falar em coação nos acordos. Uma vez que, para afirmar a existência de uma coação, um observador externo deve demonstrar que uma parte influenciou a decisão da outra (teste psicológico) e que essa influência foi injusta (teste

Following Kipnis, let us first discuss Prosecutor's legal rights. Assuming a positivistic perspective, if we understand Prosecutor's legal rights as what the courts have said the Prosecutor is entitled to do, then Kipnis is clearly wrong. Like Doctor, Prosecutor has a well-established legal right to make his proposal. Assuming a less positivistic perspective, Kipnis can be understood as claiming that despite the (erroneous) ruling of the courts, Prosecutor has no right to engage in plea bargaining, because plea bargaining is unconstitutional. (...) If Kipnis is wrong as a positivist, he is circular as a nonpositivist." WERTHEIMER, Allan. Op. Cit. p. 276-278.

³⁷⁰ Para ficar em apenas um ponto não explicado por Wertheimer, é bastante problemático dizer que apenas um não positivista poderia afirmar que as decisões das cortes estão erradas. Sobre o tema: RAZ, Joseph. **Legal positivism and the Sources of Law**. In: **The authority of Law**. p. 37-52; SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. p. 282-306;

³⁷¹ Tradução livre de:

"It is true, that in a Common-wealth once Instituted, or acquired, Promises proceeding from fear of death, or violence, are no Covenants, nor obliging, when the thing promised is contrary to the Lawes; But the reason is not, because it was made upon fear, but because he that promiseth, hath no right in the thing promised". HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Edited with an introduction by C. B. Macpherson p. 252. Haksar, com base no mesmo trecho hobbesiano, defende sua ideia de que propostas coercitivas se distinguem das propostas não coercitivas em razão da tomada de uma vantagem indevida pelo proponente, e não pela presença de força, pressão ou algum tipo de ameaça. HAKSAR, Vinit. **Coercive Proposals (Rawls and Gandhi)**. p. 70.

moral), ao se ressaltar o direito do promotor, a injustiça da influência não se verifica. Como o promotor tem pleno direito de oferecer um acordo, em situações ordinárias, o segundo teste não seria superado e a validade do acordo – ao menos com base no princípio da voluntariedade – não poderia ser questionada.

Adverti, preventivamente, que situações consideradas “aberracionais” não seriam levadas em conta na presente argumentação. Apenas para reforçar a ideia e precaver-me de eventuais críticas, fica claro que, ao afastar a ideia de involuntariedade com base no direito do promotor de oferecer o acordo, ficam excluídas situações em que o promotor abusa do próprio direito, maliciosamente ou não. Basta pensar no promotor que, na melhor das intenções, condiciona a diminuição da pena de um acusado com grande poder econômico à doação alguns de seus milhões a um fundo destinado a crianças portadoras de deficiência.

No caso, muito pouco esforço precisaria ser dispendido para afirmar que a proposta do promotor é coativa. Aplicando-se o teste dúplice, ao propor o acordo o promotor efetivamente influencia o acusado a se declarar culpado (teste psicológico). Embora o promotor tenha o direito de propor acordos em geral, nenhuma regra o permite exigir do acusado que cuide do bem-estar de crianças portadoras de deficiência. A proposta do promotor, portanto, injustamente influencia a ação do acusado e deve ser reportada inválida.

KIPNIS, diante desse quadro, não encontra forma de manter a analogia entre o promotor e o assaltante. É perfeitamente possível questionar se o promotor *deveria* possuir o direito de oferecer o acordo. Agora, é simplesmente inaceitável afirmar que ele não o possui. Nesse caso, KIPNIS, mais uma vez, cai em um argumento circular, já que afirmaria a existência de coação nos acordos *porque* a proposta do promotor seria injusta. Ocorre que demonstrar a injustiça da proposta é uma das condições para se falar na própria existência de coação.

WERTHEIMER chega a enxergar que essa forma de pensar foi determinante para a Suprema Corte americana declarar a constitucionalidade da *plea bargaining*, por permitir que a tentativa já exposta de distinguir entre ameaças e ofertas seria irrelevante diante do direito do promotor de propor um acordo:

Essa suposição permitiu à Corte rejeitar a importância da distinção entre ofertas que melhoram a situação do acusado e ofertas que pioram a situação do acusado. Se a posição base do acusado é definida pelo direito do promotor

em executar seu plano unilateral declarado, então as ofertas são, “sob uma questão prática”, idênticas. A *plea bargaining* pode ser imoral por outras razões, mas a Corte corretamente assumiu que o direito do promotor de executar seu plano unilateral declarado é uma consideração relevante para compreender a posição base do acusado³⁷².

Vê-se que, a princípio, a analogia inicialmente proposta por KIPNIS foi competentemente desarmada por um argumento muito simples, qual seja, a referência ao direito do promotor em oferecer um acordo. Ao se referir à execução de um “plano unilateral declarado” (*declared unilateral plan*), contudo, WERTHEIMER permite-me iniciar a análise de outra abordagem, capaz de pôr ainda mais em dúvida a relevância dos questionamentos acerca da voluntariedade dos acordos penais.

4.5 A FORMA DAS PROPOSTAS DOS PROMOTOR

Vinit HAKSAR³⁷³ não vê dificuldades em distinguir ameaças, ditas incondicionais, de simples ofertas. De fato, a informação sobre a intenção de cometimento de um mal a alguém no futuro é claramente uma ameaça – A declara a B que, em fevereiro, envenenará o cão de B. No entanto, quando, para além de uma declaração incondicional, há uma condição envolvida, identificar a presença de coação se torna uma tarefa problemática.

A forma, em abstrato, assumida pela proposta do promotor merece atenção pois, se levada a fundo, é capaz de informar que nível de coação seria possível identificar nas práticas de *plea bargaining*, e, em último nível, responder se realmente se trata de uma frente à qual defensores e críticas dessas práticas deveriam se dedicar.

Como demonstrei, no quadro da polêmica entre KIPNIS e WERTHEIMER, a distinção entre ofertas e ameaças desagua num debate moralizado acerca da posição

³⁷² Tradução livre de:

“This assumption permitted the Court to reject the significance of the distinction between offers to make the defendant worse off and offers to make the defendant better off. If the defendant’s base line is defined by the prosecutor’s right to carry out his declared unilateral plan, then the offers are “as a practical matter” identical. Plea bargaining may be immoral for other reasons, but the Court has correctly assumed that the right of the prosecutor to carry out his declared unilateral plan is a relevant moral consideration in understanding the defendant’s choice option”. WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court**. p. 223.

³⁷³ HAKSAR, Vinit. **Coercive Proposals (Rawls and Gandhi)**. p. 66

base para análise da situação do acusado que recebe uma oferta do promotor. Embora interessante a discussão, a exigência de argumentos normativos para a definição da *baseline* acaba por se distanciar do único objetivo do debate proposto, qual seja, a validade ou invalidade dos acordos penais em razão do vício de vontade do acusado, na modalidade de coação.

Buscando uma base mais objetiva para a análise, GORR analisa a situação tipicamente caracterizada como coativa através do que chama de *propostas condicionais práticas* (*conditional practical proposals*)³⁷⁴, as quais assumem a seguinte forma:

“Se você fizer A, então eu farei B”

Conforme FRANKFURT³⁷⁵ e GORR³⁷⁶, contudo, essas propostas trazem consigo implícita outra condição. São, portanto, propostas verdadeiramente bicondicionais, assim esquematizadas:

“Se você fizer A, então eu farei B. Se você não fizer A, então eu não farei B”.

Na terminologia de HAKSAR³⁷⁷, a execução de B diz respeito ao *plano unilateral declarado* do proponente. Uma característica marcante desse plano é fazer com que a proposta se torne mais atraente ao sujeito recipiente.

Se utilizarmos esse esquema para analisar a proposta do assaltante em relação à vítima, teremos o seguinte:

“Se você me entregar seu dinheiro, então eu pouparei sua vida. Se você não me entregar seu dinheiro, então eu não pouparei sua vida”.

Em HAKSAR, o que caracteriza o elemento coativo nessa proposta é a vantagem injusta potencialmente obtida pelo proponente. Essa vantagem injusta pode

³⁷⁴ GORR, Michael. Op. Cit. p. 133

³⁷⁵ FRANKFURT, Harry. Op. Cit. p. 66

³⁷⁶ GORR, Michael. Op. Cit. p. 133.

³⁷⁷ HAKSAR, Vinit. Op. Cit. p. 68

assumir tanto a forma de ameaça como de oferta, a depender da violação de um dever moral caso executado o plano unilateral declarado³⁷⁸.

Vê-se que, seguindo a concepção de HAKSAR, a distinção entre oferta e ameaça é irrelevante para demonstrar a existência de coação, que, de toda sorte, dependerá da qualificação de *injusta* para a vantagem obtida pelo proponente.

Se utilizarmos, contudo, a ideia aportada por WERTHEIMER³⁷⁹, de que ofertas e ameaças se distinguem por piorar ou melhorar a situação do recipiente, fica claro que, no esquema do assaltante, falaríamos em uma ameaça, uma vez que caso a vítima não se comporte como esperado pelo assaltante, ela perderá sua vida.

O que, contudo, de fato me interessa é aplicar o esquema das propostas unilaterais bicondicionais à proposta do promotor³⁸⁰.

Em um primeiro momento, a proposta do promotor seria simplesmente a seguinte:

“Se você assumir a culpa por posse de drogas, então eu pedirei o arquivamento da denúncia por tráfico de drogas. Se você não assumir a culpa por tráfico de drogas, então eu não pedirei o arquivamento da denúncia por tráfico de drogas”.

Conforme a ideia de WERTHEIMER, claramente a proposta é uma oferta, pois melhora a situação do acusado, o qual, caso não a aceite, teria sua situação inalterada. Enquanto a primeira condição deveria ser vista como uma oferta, a segunda, que aparentemente exige mera omissão do promotor, seria tomada como neutra³⁸¹.

GORR, entretanto, corretamente percebe que essa estrutura não captura corretamente nenhuma das possibilidades de ação que o promotor oferece ao acusado. Quando o promotor afirma que pedirá o arquivamento da denúncia por tráfico, implicitamente afirma que irá denunciá-lo por posse de drogas. Similarmente, quando o promotor afirma que não pedirá o arquivamento da denúncia por tráfico, implicitamente afirma que irá buscar sua condenação.

³⁷⁸ HAKSAR, Vinit. Op. Cit. p. 67-69

³⁷⁹ WERTHEIMER, Allan. **The prosecutor and the gunman**. p. 275

³⁸⁰ Sigo, nesse caminho, Gorr, apenas adaptando os exemplos por ele utilizados em: GORR, Michael. Op. Cit. p. 133-135

³⁸¹ GORR, Michael. Op. Cit. p.135

O esquema da proposta ficaria assim melhor ilustrado:

“Se você assumir a culpa por posse de drogas, então eu pedirei o arquivamento da denúncia por tráfico de drogas. Eu também tomarei todas as medidas necessárias para processá-lo por posse drogas. ”

E

“Se você não assumir a culpa por posse de drogas, então eu não pedirei o arquivamento da denúncia por tráfico de drogas. Eu também tomarei todas as medidas necessárias para processá-lo por tráfico de drogas”.

Ao que se vê, na primeira condição, o promotor apresenta uma oferta (*“então eu pedirei o arquivamento”*). Contudo, mesmo nessa situação, não é possível afirmar que a posição do acusado melhorará. No melhor cenário, o promotor estaria ameaçando o acusado com o plano unilateral declarado de tomar *“todas as medidas necessárias para processá-lo por posse de drogas”*.

Caso o acusado se recuse a se assumir culpado, o promotor toma uma atitude neutra (*“então eu não pedirei o arquivamento”*), mas claramente ameaça o acusado com seu plano unilateral declarado de tomar *“todas as medidas necessárias para processá-lo por tráfico de drogas”*.

GORR é irônico ao comparar tal esquema ao esquema antes visto para a proposta condicional feita pelo assaltante em relação a sua vítima. A única ameaça detectável na proposta do assaltante está na condição *“então eu não pouparei sua vida”*, que evidentemente piora a situação do recipiente. No caso do promotor, haveria duas ameaças, pois ambos os rumos de ação oferecidos ao acusado piorariam sua situação.

Se essas considerações forem julgadas como capazes de bem articular as situações do assaltante e do promotor, não é possível sustentar a analogia inicialmente proposta por KIPNIS. Não pelas razões de WERTHEIMER, mas sim pelo fato de que a proposta do promotor envolveria mais elementos coativos do que a ação do assaltante.

4.6 CONCLUSÃO: QUESTIONAR A VOLUNTARIEDADE DOS ACORDOS TEM ALGUM SENTIDO?

Iniciei esta análise com a analogia entre a proposta do promotor com a proposta do assaltante, na forma proposta por KIPNIS. O objetivo era saber se, com base no fato de que o promotor impõe ao acusado optar entre um grande mal incerto e um pequeno mal certo, haveria coação. As perguntas formuladas foram (1) se a situação em que o acusado se encontra torna sua ação involuntária e (2), em caso positivo, se haveria contrariedade a princípios orientadores de políticas sociais³⁸².

A segunda questão foi facilmente respondida com referência a um sentido legal. Como visto, o direito de julgamento por júri, o qual poderia expandir, para não me limitar à realidade americana, para o direito ao devido processo legal, bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo são garantidos a qualquer acusado.

Nesse caso, qualquer situação que *obrigasse* o acusado a abrir mão desses direitos não poderia ser aceita como razoável. Daí a exigência de um *princípio da voluntariedade*, isto é, a ideia de que qualquer disposição das garantias mencionadas somente poderia ser aceita se realizada voluntariamente. Como os acordos penais caracteristicamente envolvem a disposição desses direitos, uma condição necessária de sua validade é a voluntariedade da parte do acusado.

Para tentar responder à segunda questão, apresentei a ideia bastante direta de KIPNIS³⁸³, para quem bastaria comparar em abstrato as situações do promotor e do assaltante para concluir que, nos aspectos moralmente relevantes, elas seriam idênticas. Como a proposta do assaltante é geralmente caracterizada como coativa, a proposta do promotor também conteria coação e, portanto, retiraria a voluntariedade da ação do acusado.

Como demonstrei, contudo, WERTHEIMER³⁸⁴ competentemente desmonta essa ideia. O autor faz uso de uma referência já existente no raciocínio de KIPNIS, a necessidade de se analisar as práticas de *plea bargaining* através da ótica do direito

³⁸² PHILIPS, Michael. **The question of voluntariness in the plea bargaining controversy: a philosophical clarification.** p. 207-208

³⁸³ KIPNIS, Kenneth. **A Critic's Rejoinder.** Law & Society Review. VI. 13. 1979; KIPNIS, Kenneth. **Criminal Justice and the negotiated plea.** p. 93-106.

³⁸⁴ WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court.** p. 203-234; WERTHEIMER, Alan. **The prosecutor and the gunman.** p. 269-279

contratual civil, para fornecer um conceito de *coação* capaz de ser analisado através de um teste dúplice.

Para se afirmar que haveria coação em determinada situação, seria necessário verificar a influência externa de um agente sobre a ação do outro, empiricamente, e qualificar essa influência como injusta, normativamente. Enquanto KIPNIS teria demonstrado que a proposta do promotor passaria no teste empírico, nada teria demonstrado acerca do teste moral.

Em busca de manter a analogia, três caminhos foram ensaiados: a diferença na forma de comunicação das propostas do assaltante e do promotor, a diferença moral entre ofertas e ameaças e, por fim, o direito do promotor em propor o acordo.

O que essas tentativas forneceram, para além de inúmeras questões paralelas extremamente interessantes, foi um impasse. No fundo, com o forte argumento do direito do promotor em propor o acordo, não haveria como manter a analogia entre as propostas do promotor e do assaltante e, a princípio, por ter respaldo jurídico, não seria possível identificar o elemento coativo.

Entretanto, com GORR³⁸⁵ e HAKSAR³⁸⁶, apresentei tentativas de construir um esquema abstrato que abarcasse as formas das propostas do promotor e do assaltante. Foi demonstrado que WERTHEIMER lia incompletamente o que o promotor submete como possibilidades de ação para o acusado. Em verdade, sob qualquer hipótese, o promotor estaria efetivamente ameaçando o acusado. Haveria mesmo mais caráter de ameaça na proposta do promotor do que na proposta do assaltante.

Em que tudo isso é relevante? Para afirmar ou refutar a presença de coação nos acordos penais, em nada. Exatamente nisso, contudo, está a importância dos argumentos que apresentei.

Mesmo estendendo ao máximo o debate acerca da validade ou invalidade das práticas de *plea bargaining*, não se chegou a qualquer resposta satisfatória. Críticos da *plea bargaining* necessitarão, similarmente a KIPNIS, demonstrar por um argumento distinto *porque* essas práticas são injustas. Entusiastas da *plea bargaining*, de outro lado, terão que se satisfazer com uma resposta em certa medida banal. Afirmarão, tão-somente, que não há que se questionar a voluntariedade dos acordos pois o promotor tem o direito de propô-los.

³⁸⁵ GORR, Michael. Op. Cit.

³⁸⁶ HAKSAR, Vinit. Op. Cit.

Para voltar ao argumento de HOBBS³⁸⁷, não é a presença ou não de força, medo ou situação de constrangimento que deve ser o centro do debate. O que deve efetivamente ser debatido é se o promotor *deveria* possuir o direito de realizar esse tipo de acordo.

O próprio HOBBS, de forma coerente com sua concepção acerca do que confere legitimidade ao Estado³⁸⁸ indica uma forma de desfazer esse impasse. Em sua filosofia, haveriam leis naturais que regeriam a ação humana, das quais nenhuma disposição contratual, já constituída a sociedade social, poderia desviar. Uma dessas leis é a igualdade e a precariedade natural dos homens, os quais sempre tenderiam a se defender uns dos outros.

Nesse caso, qualquer acordo que tivesse por objeto a desistência de defesa não poderia ser reputado obrigatório (*enforced*) e deveria ser julgado nulo:

Um pacto para não se defender do uso da força, pela força, é sempre nulo. Pois (como mostrei anteriormente) nenhum homem pode transferir, ou abandonar seu direito de salvar a si mesmo da morte, ferimentos ou prisão, cujo evitamento é a única razão de abandonar qualquer direito; tampouco é obrigatório. Pois, apesar de um homem poder pactuar o seguinte, *A não ser que eu faça isso, ou aquilo, mata-me*; ele não pode pactuar o seguinte, *A não ser que eu faça isso, ou aquilo, ou aqueloutro, eu não resistirei a ti, quando vieres matar-me*³⁸⁹.

É claro que HOBBS não pode ser lido como defendendo algo análogo a direitos fundamentais inalienáveis, cuja invenção ainda aguardaria alguns séculos para ocorrer e cujos contornos contemporâneos sequer poderiam fazer parte do imaginário do mundo em que HOBBS habitou³⁹⁰.

³⁸⁷ HOBBS, Thomas. Op. Cit.

³⁸⁸ Para uma boa introdução ao tópico, ver: RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. In: WEFFORT, Francisco Correa. **Os clássicos da política**, 1. p. 51-77

³⁸⁹ Tradução livre de:

"A Covenant not to defend my selfe from force, by force, is always voyd. For (as I have shewed before) no man can transfere, or lay down his Right to save himselfe from Death, Wounds, and Imprisonment, the avoiding whereof is the onely End of laying down any Right, and therefore the promise of not resisting force, in Covenant transferreth any right; nor is obliging. For though a man may Covenant thus, Unlesse I do so, or so, kill me; he cannot Covenant thus, Unlesse I do so, or so, or so, I will not resist you, when you come to kill me". HOBBS, Thomas. Op. Cit. p. 199.

³⁹⁰ Nesse sentido: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 307-332. Contra: VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 674-755.

O que interessa é que há aqui um exemplo de argumento consistente contra a ideia de disposição do direito de defesa. Para se manter consistente, HOBBS forneceu um argumento individualizado que justificasse porque esse tipo de acordo seria inválido: seu objeto seria inconcebível, já que iria de encontro às leis naturais.

Se adversários da *plea bargaining* pretendem ultrapassar o argumento circular de KIPNIS, sobre a ausência de voluntariedade nos acordos, serão obrigados a fornecer argumentos separados do porquê a proposta seria injusta, conforme algum parâmetro moral. O que é absolutamente imprescindível é deixarem explícito qual é esse parâmetro moral e por qual motivo as práticas de *plea bargaining* o ofenderiam.

Na forma como o debate em torno da voluntariedade tem sido apresentado, nenhuma conclusão pode ser tomada, o que apenas indica que os adversários da *plea bargaining* devem buscar argumentos em outros pontos.

Nesse raciocínio, estou inteiramente de acordo com Michael GORR:

Aparentemente, portanto, os conceitos de coerção e voluntariedade, não importa de qual maneira sejam interpretados, dentre as várias plausíveis, não fornecem fundamentos incontroversos para pensar que a aceitação de acordos penais padrão seja moralmente suspeita. (...) Concluo que uma argumentação realmente convincente contra a *plea bargaining* requererá um argumento que não está primordialmente ligado a matérias pertinentes à voluntariedade da opção por aceitar tais propostas³⁹¹.

De minha parte, tenho a forte impressão de que o campo mais frutífero para questionar as práticas de *plea bargaining* passa longe da discussão sobre a voluntariedade. Encontra, digo, *deveria encontrar* seu solo mais fértil no campo da filosofia da pena.

Penso ser não só problemático, como, no fundo, insolúvel compatibilizar a ideia de acordos penais com um princípio moralmente indispensável para a justificação da justiça criminal, qual seja, a proporcionalidade da pena³⁹². Em apertada

³⁹¹ Tradução livre de:

"It appears, therefore, that the concepts of coercion and voluntariness, no matter in which of several plausible ways we interpret them, provide no uncontroversial grounds for thinking that the acceptance of standard plea bargains is morally suspect. (...) I conclude that a truly convincing case against plea bargaining will require an argument that is not primarily concerned with matters having to do with the voluntariness of the choice to accept such proposals". GORR, Michael. Op. Cit. p. 139.

³⁹² Sobre o tema, oferecendo uma perspectiva não retributiva da pena: HART, Herbert L. A. **Prolegomenon to the principles of Punishment**. In: HART, Herbert. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 1-27

síntese, quaisquer que sejam os produtos desses acordos, a pena resultante nunca será compatível com a gravidade do delito. Caso o acusado tenha uma pena substancialmente reduzida por uma oferta do promotor, haveria injustiça na forma de pena a menos. Caso o acusado recuse o acordo, haveria injustiça na forma de pena a mais, em relação àqueles que aceitaram os acordos³⁹³.

Debater essa questão, contudo, já ocupou espaço demais neste trabalho. Por ora, concluo afirmando que continuar debatendo acerca da voluntariedade dos acordos parece passar muito perto de simplesmente perder tempo.

³⁹³ Para argumentos nesse sentido, ver: ALSCHULER, Albert W. **The changing plea bargaining debate**. p. 651-661.

CONCLUSÃO

Não gosto de conclusões. Tal qual o príncipe Bolconsky de TOLSTOI, ainda que produza algo de relevante, tenho dificuldade em olhar para o que produzi e ver algum sentido, retirar respostas. Quando estudo um assunto, geralmente acabo com mais dúvidas do que convicções, de modo que fico com pouco a dizer quando perguntado sobre o que concluí.

Nunca pretendi, tampouco foi essa a direção tomada ao longo da pesquisa, refutar ou legitimar as práticas de *plea bargaining*. Tomei-as como objeto de pesquisa porque acho interessante que penas, que defini como imposição intencional de dor, sejam aplicadas por acordos. A ideia me causa estranheza.

Por isso, dado meu interesse por filosofia da pena, busquei analisar a *plea bargaining* a partir dos pressupostos da vertente teórica que reputo a mais consistente em termos de justificativa da pena. Como afirmei, não penso que o retributivismo seja efetivamente capaz de justificar a pena, a qual reputo moralmente ilegítima. Penso, no entanto, que o retributivismo tem um pano de fundo teórico bastante robusto.

O que encontrei foram pontos muito importantes de atrito entre as práticas de *plea bargaining* e os pressupostos do retributivismo. À par das ideias de transgressão intencional, proporcionalidade da pena e necessidade da pena, o ponto mais relevante é a incompatibilidade entre os negócios penais e a ideia de justiça inerente, especialmente na dimensão de censura. A justificação da pena, à exceção de poucos retributivistas como DUFF, em verdade, parece dar muito pouca atenção à dimensão de condenação moral. Sem essa dimensão a pena passa a ser simplesmente uma violência gratuita, sem qualquer sentido normativo. Nesse ponto, a desvinculação completa da *plea bargaining* de um sentido de censura pode fornecer um viés de questionamento para as justificações da pena em geral.

Se há um ponto sobre o qual estou convicto, ele está na improdutividade de se afirmar que os acordos são involuntários, análogos a torturas ou, seja lá por que motivo, manifestação “inquisitorial”. Se um crítico das práticas de *plea bargaining* quer ser consistente na crítica abstrata, ele deve fornecer uma justificação moral para a pena, apontar seu impacto na formatação de um sistema penal e demonstrar porque os negócios penais não se compatibilizam com a justificação defendida.

Algo surpreendente está na insistência quase cega, entre os críticos da *plea bargaining*, de uma dicotomia entre justiça negocial e uma justiça legítima. À primeira seriam aplicadas as lógicas da eficiência, agilidade, barganha. À segunda, lógicas moralmente superiores, como parcimônia, decência, imparcialidade. O funcionamento material de sistemas penais que não aplicam práticas análogas às da *plea bargaining* torna essa dicotomia pouco importante.

Penso ser fundamental pensar as aporias da *plea bargaining*, questionar seus pressupostos e seus resultados. Agora, insistir em modelos comprovadamente falhos e, especialmente, moralmente questionáveis (como disse, a pena nunca foi satisfatoriamente justificada), não me parece ser um caminho que leve a algum lugar. Talvez pensar os limites da *plea bargaining* também possa significar pensar os limites da justiça criminal como um todo, vislumbrando uma via diversa, em que aplicação intencional de dor não seja o elemento central.

A curto prazo, no entanto, manter uma aversão absoluta aos negócios penais é voltar as costas para a realidade, algo não digno daqueles que realmente se preocupam com uma orientação minimamente democrática para a justiça criminal. Daí porque sugestões como as de BIBAS e LIPPKE, aceitando a lógica interna dos negócios a fim de criar balizas para sua conformação prática, são bem-vindas.

REFERÊNCIAS

ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969.

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**. Uma pesquisa empírica em Juizados Especiais Criminais no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

ALSCHULER, Albert W. **The prosecutor's role in the plea bargaining**. University of Chicago Law Review. VI. 50 (1968) p. 50-112

_____. **The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the past Century and Some Thoughts about the Next**. The University of Chicago Law Review. Vol. 70. No. 1. (Winter, 2003).

_____. **The Trial Judge's Role in Plea Bargaining**. Columbia Law Review. VI. 76. No. 7 (1976). p. 1059-1154

_____. **Sentencing Reform and Prosecutorial Power: A Critique of Recent Proposal for "Fixed" and "Presumptive" Sentencing**. University of Pennsylvania Law Review. VI. 126 (1978). p. 550-577

_____. **Straining at Gnats and Swallowing Camels: The Selective Morality of Professor Bibas**. Cornell Law Review. VI. 88 (2003). p. 1412-1424

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ANCEL, Marc. **La défense sociale nouvelle** (Um mouvement de politique criminelle humaniste). Paris: Editions Cujas, 1954.

ANDERSON, Jami L. **Reciprocity as a Justification for retributivism**. Criminal Justice Ethics. Vol. 16. No. 1 (1997: Winter/Spring). p. 13-25.

ANDERSON, Scott, "Coercion". ZALTA, Edward N. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2015 Edition). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/coercion/> (acesso em 1/12/2016)

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARENDT, Hannah. **Lectures on Kant's political philosophy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

ARMSTRONG, K. G. **The retributivist hits back**. In: ACTON, H. B.. **The philosophy of punishment**. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 138-158.

ASHWORTH, Andrew. **Desert**. in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 102-109.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

BAIER, K. E.. **Is punishment retributive?** In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 130-137.

BARATTA, Alessandro. **Vecchie e nuove strategie di legittimazione della pena**. In: **Dei delitti e delle pene**. Vol. 2. Bari: Ed. Scientifiche Italiane, 1985. p. 247-268.

BAR-GILL, Oren; BEN-SHAHAR, Omri. **The prisoners' (plea bargain) dilemma**. Law & Economics Working Papers Archive. University of Michigan Law School. (2007).

BARON, Marcia. **Excuses, excuses**. Criminal Law and Philosophy. VI. 1. (2007) p. 21-39;

BEDAU, Hugo Adam. **Retribution and the Theory of Punishment**. The Journal of Philosophy, Vol 75, No. 11 (Nov, 1978). p. 601-620.

BEDAU, Hugo Adam; KELLY, Erin. **Punishment**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed). Disponível em: <plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/> Acesso em 25.06.2015

BERMAN, Mitchell N. **Rehabilitating Retributivism**. Law and Philosophy. Vol. 32. No. 1 (2013). p. 83-108.

BIBAS, Stephanos. **Bringing Moral Values into a Flawed Plea-Bargaining System**. Cornell Law Review. VI. 88 (2003). p. 1425-1432

_____. **Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection.** California Law Review. VI. 99 (2011) p. 1117-1161

BORGES, Clara Maria Roman. **Um olhar para além dos sistemas processuais penais.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. VI. 104. (2013). p. 147

BOWERS, Josh. **Punishing the Innocent.** 156, U. Pa. L. Rev. 1117, 1165 (2008).

BRAITHWAITE, John. **Crime, Shame and Reintegration.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BOONIN, David. **The problem of punishment.** New York: Cambridge University Press, 2008.

BRADLEY, Gerard V. **Retribution:** the central aim of punishment. Harvard Journal of Law & Public Policy. Vol. 27. No. 1. (Fall 2003).

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada:** negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016

BROOKS, Thom. **Kantian Punishment and Retributivism.** Ratio. Vol. 18. No. 2 (June 2005). p. 237-245.

BRUBAKER, S. C. **Can liberals punish?** The American Political Science Review, Vol 82. No. 3 (1988). p. 821-236.

BURGH, Richard. W. **Do guilty deserve to be punished?** The journal of philosophy, Vol. 79, No. 4. (Apr. 1982) p. 193-210.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BYRD, Sharon B. **Kant's theory of punishment:** Deterrence in its threat, retribution in its execution. Law and Philosophy. Vol 8. No. 2 (1989). p. 151-200.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal.** Parte Geral. VI. II. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARLSMITH, Kevin M. **The roles of retribution and utility in determining punishment.** Journal of Experimental Social Psychology. Vol. 42 (2006). 437-451

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CATTANEO, Mario A. **Sulla filosofia penal di Kant e di Hegel**. In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. p. 117-136.

CHENG, Kevin Kwok-yin. **Public Approval of Plea Bargaining in Hong Kong: The Effects of Offender Characteristics**. International Criminal Justice Review. Vol. 26. No. 1. p. 31-48

CHURCH, Tomas w. **In Defense of “Bargain Justice”**. Law & Society Review. VI. 13. No 2 (1979). p. 509-525

CLARKE, Dean H. **Justifications for Punishment**. Contemporary Crises. Vol. 6. No. 1 (1982: Jan). p. 25-77.

CORLETT, Angelo J. **Responsibility and punishment**. 3 ed. Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2009.

COTTINGHAM, John. **Varieties of Retribution**. The Philosophical Quarterly. Vol. 29. No. 116 (Jul, 1979). p. 238-246.

Da CRUZ, Flavio Antônio. **Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades**. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. VI. 2. (2016)

DERRIDA, Jacques. **Force de loi**. Le fondement mystique de l'autorité. Paris: Galilée, 1994.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. **The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem**. The Journal of Criminal Law & Criminology. VI. 103. No 1. p. 15-24 (2013).

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a Criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013

DOLINKO, David. **Some thoughts about retributivism**. Ethics, Vol. 101, No. 3 (Abr., 1991). p. 537-559

DUFF, R. Anthony. **Legal Punishment**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed). Disponível em: <plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/legal-punishment/> Acesso em 25.06.2015.

_____. **Punishment, Retribution, and Communication**. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian, von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing**. Readings on theory and policy. Portland, Hart Publishing, 2009. Op. Cit. p. 126-134.

_____. **Punishment, communication, and community**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. **Trials and Punishments**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986

_____. **Objectivity and truth: you'd better believe it**. Philosophy and Public Affairs. Vol 25. No. 2, 1996. p. 87-139.

_____. **Please don't talk about objectivity any more**. Critical Inquiry, Vol. 9, 1982. p. 179-200.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EASTERBROOK, Frank H. **Criminal Procedure as a Market System**. The Journal of Legal Studies. Vol. 12, No. 2 (Jun., 1983), pp. 289-332

_____. **Plea Bargaining as Compromise**. The Yale Law Journal. VI. 101. (1992) p. 1969-1978

ELLIS, Anthony. **Recent work on punishment**. The philosophical Quarterly. Vol. 45. No. 179. (Apr. 1995). p. 225-233.

ELSTER, Jon. **Juicios Salomónicos**. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

ELSTER, Jon. **Nuts and Bolts for the Social Sciences**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989

FARMER, Lindsay. **What has the philosophy of punishment got to do with criminal law?** Law and Critique. Vol. III. No. 2. (1992). p. 241-251

FEINBERG, Joel. **The expressive function of punishment**. Monist, 49:3 (1965: July). p. 397-423.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph**. Yale Law Journal. VI. 105. No. 5 (2000). p. 855.

FLEW, Antony. **The Justification of Punishment**. In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969.

FRANKFURT, Harry. **Coercion and Moral Responsibility**. In: HONDERICH, Ted. **Essays on Freedom of Action**. 2ª ed. New York, 2015. p. 63-86

GARDNER, John. **Introduction**. In: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008 p. xiii-liii.

GARGARELLA, Roberto. **Injusticia penal, justicia social**. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **El castigo penal em sociedades desiguales**. Buenos Aires: Ciepp, 2012. p. 119- 142.

GAZAL-AYAL, Oren. **Partial ban on Plea Bargains**. Cardozo Law Review. Vol. 27. No. 5. (2006) p. 101-155

GAZAL-AYAL, Oren; TOR, Avishalom. **The Innocence Effect**. Duke Law Journal. VI. 62 p. 338-401

_____. **Penal Coercion in Contexts of Social Injustice**. Crim Law and Philos. Vol. 1. No. 1 (Jan, 2011). p. 21-38

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

_____. **Crítica aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. 2008. 210 p. Dissertação - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCCHANOWSKI, Nikolai. **A pena estatal contra a democracia: reflexões a partir da filosofia política**. (artigo não publicado).

GORR, Michael. **The morality of plea bargaining**. Social Theory and Practice. VI. 26. No. 1 (Spring/2000). p. 129-151

GROSSMAN, Gene M.; KATZ, Michael L. **Plea Bargaining and Social Welfare**. The American Economic Review. Vol. 73. No. 4 (1983). p. 749-757;

HAKSAR, Vinit. **Coercive Proposals (Rawls and Gandhi)**. Political Theory. VI. 4 No. 1. (1976) p. 65-79

HAIST, Matthew. **Deterrence in a sea of “just deserts”**: are utilitarian goals achievable in a world of “limiting retributivism”? Journal of Criminal Law and Criminology. Vol. 99. No. 3. (Summer 2009). p. 789.

HAMPTON, Jean. **The Moral Education Theory of Punishment**. Philosophy and Public Affairs. Vol 13. No. 3. (Summer, 1984) p. 208-238.

HANNA, Nathan. **Retributivism revisited**. Philosophical Studies. Vol.167. No. 2 (2014) p. 473-484.

HART, H. L. A. **Legal Responsibility and Excuses**. in: HART, H. L. A. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. p. 28-53

_____. **Prolegomenon to the principles of Punishment**. In: HART, Herbert. **Punishment and Responsibility**. Essays in the philosophy of law. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 1-27

HARWARD, Donald W. **The Bitter Pill of Punishment: Retribution**. The Journal of Value Inquiry, Vol. 10, No. 3 (1976). p. 199-204.

HELLER, Joseph. **Catch-22**. 50th anniversary edition. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2011

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Edições Almedina, 2015

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Edited with an introduction by C. B. Macpherson. London: Penguin Classics, 1985.

HONDERICH, Ted. **Punishment: the supposed justifications**. Hamondsworth, Middlesex, England: Penguin Books, 1984.

HORDER, Jeremy. **Excuses in law and in morality: a response to Marcia**. VI. 1 (2007) p. 41-47;

JOHNSON, Jane. **Revisiting Kantian Retributivism to Construct a Justification of Punishment**. Crim Law and Philos. Vol 2. No. 3. (Oct. 2008) p. 291-307.

KOBAYASHI, Bruce. H; LOTT JR, John. **In Defence of Criminal Defense Expenditures and Plea Bargaining**. International Review of Law and Economics. VI. 16. No. 4 (1996)

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Porto: Porto Editora, 1995.

KIM, Jeong-Yoo. **Credible plea bargaining**. European Journal of Law and Economics. Vlo. 29 (2010). p. 279-293.

KIPNIS, Kenneth. **Criminal Justice and the negotiated plea**. Ethics. VI. 82. No. 2 (Jan/1976). p. 93-106.

_____. **A Critic's Rejoinder**. Law & Society Review. VI. 13. 1979

KLUG, Ulrich. **Il commiato da Kant e da Hegel**. in: In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. p. 3-9.

LACEY, Nicola. **State punishment**. Political principles and community values. London; New York: Routledge, 1988.

LANGBEIN, John H. **Torture and plea bargaining**. University of Chicago Law Review. VI. 46. No. p. 3–22

LANGBEIN, John H. **Understanding the Short History of Plea Bargaining**. Law & Society Review. VI. 13. (1979) p. 261-272

LANGER, Máximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**. Harvard International Law Review. VI. 45. No. 1 (Winter 2004) p.1-64

LANDA, Dimitri. **On the Possibility of Kantian Retributivism**. Utilitas. Vol. 21. No. 3 (Sep. 2009) p. 276-296.

LEIPOLD, Andrew D. **How the pretrial process contributes to wrongful convictions**. American Criminal Law Review. VI. 42. (2005) p. 1123-1165.

LIPPKE, Richard L. **Retributivism and plea bargaining**. Criminal Justice Ethics (Summer-Fall/2006).

LOPES JR., Aury. **Direito procesual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUNA, Erik. **Traces of a Libertarian Theory of Punishment**. Marquette Law Review. VI. 91. No 1. p. 263-294

LYONS, Daniel. **Welcome Threats and Coercive Offers**. Philosophy. VI. 50. p. 425-436 (1975)

MABBOTT, J. D. **Punishment**. In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. London: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 39-54.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**. Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2014.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACKIE, J.L. **Morality and the Retributive Emotions**. *Criminal Justice Ethics*. VI 1. (1982) p. 3–10.

MARTINSON, Robert. **What works?** Questions and answers about prison reform. Public Interest. No. 35 (Spring 1974) p. 22-54.

MATRAVERS, Matt. **Political Neutrality and Punishment.** Crim Law and Philos. Vol. 7 (2013). 217-230.

MAYNARD, Douglas W. **Narratives and narrative structure in plea bargaining.** Law & Society Review. VI. 22. No. 3 (1988)

METZ, Thaddeus. **How to Reconcile Liberal Politics with Retributive Punishment.** Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 27, No. 4 (2007). p. 683-705.

MOORE, Michael S. **The moral worth of retribution.** in: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** Readings on theory and policy. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 110-114.

MORRIS, Herbert. **Persons and punishment.** The Monist. Vol. 52. No. 4: Human Rights (October, 1968). p. 475 – 501.

MUNDLE, C. W. K.. **Punishment and desert.** In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment.** Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 65-82.

MURPHY, Jeffrie G. **Marxism and Retribution.** Philosophy and Public Affairs. Vol. 2. No. 3 (Spring, 1973). p. 217-243.

NINO, Carlos Santiago. **A Consensual Theory of Punishment.** Philosophy & Public Affairs. Vol. 12, No. 4 (Autumn, 1983). p. 289-306.

_____. **Los límites de la responsabilidad penal.** Una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

NOLL, Peter. **La fondazione ética della pena.** In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel.** Milão: Dott. A. Giuffè Editore, 1989. p. 29-55.

NOZICK, Robert. **Coercion.** In: MORGENBESSER, White (ed.). **Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel.** New York: St Martin's Press, 1969. p. 440-472

NUSSBAUM, Martha C. **Perfectionist Liberalism and Political Liberalism**. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 39. No. 1. (2011) p. 3-45.

O'CONNELL, Eoin. **Kantian Moral Retributivism: Punishment, Suffering, and the Highest Good**. *The Southern Journal of Philosophy*. Vol. 52. No. 4 (2014) p. 477-495.

OLCHANOWSKI, Nikolai. **Uma Reflexão Sobre o Lugar da Retribuição na Justificação da Pena**. Monografia (Graduação) - UFPR, 2013. Disponível em: Busca Integrada ao Acervo UFPR.

PADGETT, John. **The Emergent Organization of Plea Bargaining**. *American Journal of Sociology*. VI. 90. No. 4 (1985). p. 753-800;

PHILIPS, Michael. **The question of voluntariness in the plea bargaining controversy**: a philosophical clarification. *Law & Society Review*. VI. 16. No. 2. (1981-82) p. 207-224

PIRES, Alvaro P.. **Kant face à la justice criminelle**. Cap. 4, p. 145-205. in: DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Alvaro P.. **Histoire de savoir sur le crime e la peine**. Tome II: La rationalité et la naissance de la criminologie. Les presses de l'Université d'Ottawa, Les Presses de l'Université de Montréal, De Boeck Université, 1998.

PRASKASH, Priyanka. **To plea or not to plea: the benefits of establishing an institutionalized plea bargaining system in Japan**. *Pacific Rim Law & Policy Journal*. VI. 20. No 3. (2011);

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2 ed. México: FCE, 2007.

QUINTON, Anthony M. **On punishment**. In: ACTON, H. B. **The philosophy of punishment**. Londres: Macmillan St. Martin's Press, 1969. p. 55-64.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Two concepts of rules**. In: ACTON, Harry Burrows (ed.). **Philosophy of Punishment**. London: Macmillan, 1969. p. 105-114

RAZ, Joseph. **Legal positivism and the Sources of Law**. In: **The authority of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 37-52;. p. 282-306;

RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. In: WEFFORT, Francisco Correa. **Os clássicos da política**, 1. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 51-77

RICOUER, Paul. **Justiça e vingança**. In: **O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 251-260.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena preventiva de liberdade** (os critérios da culpa e prevenção) Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

SAVITSKY, Douglas. **Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system**. Rationality and Society. VI. 24. No. 2. p. 131-167 (2012)

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. **Plea Bargaining as Contract**. The Yale Law Journal. VI. 101. No 8. (1992). p. 1909-1968.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SHAPIRO, Scott. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SCHULHOFER, Stephen J. **Is plea bargaining inevitable?** Harvard Law Review. VI. 97. No 5. (1984) p. 1037-1107

SLOBOGIN, Christopher. **Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism**. William & Mary Law Review. VI. 57 (2016). p. 1505-1547.

SMITH, Bruce P. **Plea Bargaining and the Eclipse of the Jury**. Annu. Rev. Law Soc. Sci. VI. 1 (2005). p. 131-49

SOLOMON JR., Peter H. **Plea Bargaining Russian Style**. Demokratizatsiya. VI. 20. No 3 (Summer/2012) p. 282-299

SADURSKI, Wojciech. **Book review: Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice.** Law and Philosophy. Vol. 10. No. 2. (1991). p. 221-234.

_____. **Theory of punishment, social justice, and liberal neutrality.** Law and Philosophy. Vol. 7. No. 3 (Dec. 1988). p. 351-373.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal- Parte Geral.** 6ª ed. Curitiba: ICPC Edições, 2014.

SAVITSKY, Douglas. **Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system.** Rationality and Society. VI. 24. No. 2. p. 131-167 (2012)

SCHEID, Don E. **Kant's retributivism.** Ethics. Vol. 93. No. 2 (1983). p. 262-282.

SCHULHOFER, Stephen J. **Is plea bargaining inevitable?** Harvard Law Review. VI. 97. No 5. (1984) p. 1037-1107

SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. **Plea Bargaining as Contract.** The Yale Law Journal. VI. 101. No 8. (1992). p. 1909-1968.

SHAUER, Frederick. **Las reglas del juego.** Um examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SHAPIRO, Scott. J. **Legality.** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SLOBOGIN, Christopher. **Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism.** William & Mary Law Review. VI. 57 (2016). p. 1505-1547.

SMITH, Bruce P. **Plea Bargaining and the Eclipse of the Jury.** Annu. Rev. Law Soc. Sci. VI. 1 (2005). p. 131-49

SOLOMON JR., Peter H. **Plea Bargaining Russian Style.** Demokratizatsiya. VI. 20. No 3 (Summer/2012) p. 282-299

STRATENWERTH, Günther. **¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?** Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 1996.

TADROS, Victor. **Introduction:** Political Philosophy and Criminal Justice. *Crim Law and Philos.* Vol. 7. No. 2. (2013). p. 179-184.

_____. **The Ends of Harm.** The Moral Foundations of Criminal Law. New York: Oxford University Press, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015

THORNDIKE, Edward L. **Human Nature and Social Order.** Paperback Edition. Boston: The MIT Press, 1974.

TWENTIETH CENTURY FUND TASK FORCE ON CRIMINAL SENTENCING. **Fair and certain punishment.** New York: McGraw-Hill Book Company, 1976.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais:** a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais.* VI. 953 (2015) p. 261-279.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

VOGEL, Mary. **The Social Origins of Plea Bargaining: Conflict and the Law in the Process of State Formation, 1830-180.** *Law & Society Review.* VI. 33. No. 1. p. 161-246

Von HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles.** New York: Oxford University Press, 2005.

von HIRSCH, Andrew. **Doing Justice:** The choice of punishments. In: JACOBY, Joseph E. **Classics of Criminology.** 3ª ed. Long Grove, Illinois: Waveland Press, Inc., 2004. p. 373-380.

_____. **Proportionality in the Philosophy of Punishment:** From “Why Punish?” to “How Much?”. *Criminal Law Forum.* Vol. 1. No. 2 (Winter, 1990). p. 259-290.

_____. **Proportionate Sentence:** a desert perspective. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** Readings on theory and policy. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 115-125.

_____. **Seriousness, Severity and the Living Standard.** In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian; von HIRSCH, Andrew. **Principled Sentencing.** Readings on theory and policy. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 143-147.

WALKER, Nigel. **Even More Varieties of Retribution.** Philosophy. Vol. 74. No. 4. (1999) p. 595-695.

WATAMURA, Eiichiro; *et all.* **The automatic Activation of Retributive Motive When Determining Punishment.** Psychol Stud. Vol. 25. No. 3. (July-September 2014) p. 236-240.

WERTHEIMER, Alan. **Freedom, morality, plea bargaining, and the Supreme Court.** Philosophy & Public Affairs. VI. 9. No. 3 (Spring/1979). p. 203-234;

WERTHEIMER, Alan. **The prosecutor and the gunman.** Ethics. VI. 89. No. 3 (Abr/1979). p. 269-279

WESTEN, Peter. **“Freedom” and “Coercion”-** Virtue words and vice words. Duke Law Journal. No. 3 e 4 (1985)

ZACHARIAS, Fred. C. **Justice in Plea Bargaining.** Willian & Mary Law Review. VI. 39. No. 4 (1998) p. 1120-1189.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** A perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: RT, 2006.

ZIMMERMAN, David. **Coercive Wage Offers.** Philosophy & Public Affairs, Vol. 10, No. 2 (Spring, 1981), pp. 121-145